

prof. DARIO MICHELETTI

Università di Siena

## LA COLPA DEL MEDICO PRIMA LETTURA DI UNA RECENTE RICERCA “SUL CAMPO”

SOMMARIO: 1. Il formante giurisprudenziale del diritto penale della medicina. – 2. Lo stato della giurisprudenza penale sulla colpa medica. – 3. La tipicità colposa nella recente giurisprudenza: prove tecniche di normativismo. – 4. L'emancipazione della condotta tipica colposa da quella meramente causale. – 5. Il carattere modale della regola cautelare. – 6. L'abbandono della regola dell'astensione nella giurisprudenza sulla colpa medica. – 7. Il contenuto della regola cautelare: un determinato e positivo paradigma deontologico. – 8. I pericoli di volatilizzazione della regola cautelare. a) La *culpa in re ipsa* nella valutazione della diligenza esecutiva. – 9. b) La prescrizione del reato colposo: una grave minaccia alla precisione contenutistica della regola cautelare. – 10. Il controverso criterio di determinazione della regola cautelare nel diritto penale della medicina. – 11. La crisi del giudizio predittivo nella giurisprudenza sulla colpa medica. – 12. La colpa specifica del medico: un'ipotesi in via di espansione. – 13. L'evento tipico delineato dal c.d. nesso di rischio. – 14. Il comportamento del paziente quale causa di esclusione della tipicità colposa.

### 1. *Il formante giurisprudenziale del diritto penale della medicina*

Nel campo della responsabilità medica, come in pochi altri settori, l'elaborazione giurisprudenziale è venuta progressivamente assumendo un ruolo costitutivo del diritto vivente, sottoponendo a verifica e talvolta rinnovando le categorie fondamentali della parte generale (dalla causalità alla colpa, dalle cause di giustificazione alla cooperazione colposa). Per questa ragione la responsabilità penale del medico costituisce la materia ideale per una lettura ad un tempo analitica e sistematica del diritto giurisprudenziale, che può avvalersi oggi degli esiti di una più ampia investigazione sul complesso e tormentato tema del rapporto tra medicina e diritto penale<sup>1</sup>. In questa cornice il presente studio prende in considerazione le sentenze della Cassazione (citare nelle pagine che seguono con diretto riferimento al dattiloscritto originale) in materia

<sup>1</sup> Il riferimento è alla ricerca, finanziata dal Ministero dell'Università e della Ricerca, dal titolo «Le nuove frontiere del diritto penale della medicina», condotta negli anni 2006-2007 dalle Università di Bologna, Firenze, Pisa (Scuola Superiore Sant'Anna) e Siena, e i cui esiti sono raccolti nel volume *Medicina e diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI - F. GIUNTA - R. GUERRINI - T. PADOVANI, Pisa, 2009.

di colpa medica pronunciate nell'ultimo quinquennio. Ove siano oggetto di valutazioni, sono queste da riferirsi agli aspetti tecnico-giuridici desumibili dalla sentenza di legittimità, non potendo né volendo rilevare ai fini questo lavoro il merito della questione.

## 2. *Lo stato della giurisprudenza penale sulla colpa medica*

Copiosità e problematicità: sono queste le cifre caratterizzanti la recente giurisprudenza penale sulla colpa medica<sup>2</sup>. Nella prima si specchia il definitivo superamento di quell'impostazione paternalistica, un tempo prevalente, che vedeva nel medico – specie se di estrazione accademica – il *dominus* incontrastato del rapporto terapeutico e in quanto tale oggetto di sporadiche attenzioni da parte della giurisprudenza se non di una sorta di immunità di fatto<sup>3</sup>. La seconda denota l'accresciuta complessità della materia, che affianca ai tradizionali nodi della colpa penale, ulteriori questioni non meno impegnative da risolvere, la cui corretta messa a fuoco è peraltro favorita dall'accresciuta consapevolezza giurisprudenziale del problematico contesto operativo in cui è ambientato il giudizio di responsabilità.

Non v'è attività – infatti – quanto quella medica che rischi di alimentare forme di responsabilità oggettiva o da posizione. Il problema non sta solo nel fatto che essa è caratterizzata da un'intrinseca componente d'insuccesso, di talché occorre evitare di imputare al singolo un esito infausto che, al momento in cui ha agito, non era fronteggiabile. I fattori che alimentano forme di responsabilità oggettiva sono anche altri e non meno temibili, tra i quali non vanno sottovalutati i vincoli organizzativi e di spesa del sistema sanitario, che inducono non di rado il medico ad operare in condizioni non ottimali, con il rischio di dovere svolgere un'attività per cui non si era oggettivamente o soggettivamente in grado di intervenire. Per non parlare poi dello spirito scienziista ed antropodeistico che pervade la nostra società contemporanea, in quanto tale refrattaria a riconoscere i limiti e talora l'impotenza della scienza medica, preferendo individuare nel singolo operatore le cause di una vulnerabilità esistenziale cui ideologicamente ci si ribella. È soprattutto da questa moderna cultura, oltretutto dall'obnubilante prostrazione, che erompono le pulsioni imputative delle vittime: pulsioni che la fragilità del processo civile finisce per ri-

<sup>2</sup> Su entrambi questi aspetti si vedano i dati e le considerazioni di F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 1279 ss.

versare interamente sul processo penale sino talora a travolgere, per emotività, compassione, impreparazione tecnica, o mal celato protagonismo, taluni magistrati requirenti.

La giurisprudenza, specie di legittimità, non è certo ignara di questi pericoli. Non li può però che fronteggiare per il tramite delle logore categorie dogmatiche su cui continua a strutturarsi la colpa. Le criticità non riguardano tanto la fase dell'imputazione dell'evento colposo, rispetto alla quale si registrano anzi significativi passi in avanti: basti pensare all'affermazione giurisprudenziale del c.d. nesso di rischio (v. *infra*, § 12), o della c.d. causalità della colpa<sup>4</sup>, senza sottovalutare alcuni embrionali e pionieristici tentativi di utilizzazione dell'art. 2236 c.c. in chiave scusante<sup>5</sup>. Il *punctum dolens* resta la ricostruzione della tipicità colposa, che da un lato continua a soffrire dell'irrisolto intreccio tra obbligo di diligenza e obbligo di garanzia, risentendo dall'altro lato delle irrimediabili carenze del giudizio di prevedibilità quale criterio di riconoscimento della regola cautelare. Il primo inconveniente rende quanto mai incerta la distinzione tra tipicità colposa e omissiva, con la conseguenza, fra l'altro, di conferire un'ancipite se non ambigua collocazione al giudizio controfattuale, impiegato ora come criterio diagnostico della causalità omissiva ora come verifica dell'idoneità preventiva della regola cautelare<sup>6</sup>. La crisi della prevedibilità declinata secondo l'agente modello<sup>7</sup> ha finito invece per smascherare l'esistenza di un vuoto diagnostico che la giurisprudenza – ma non solo – ritarda a colmare (tranne che con una sovraesposizione dello strumento peritale) non indicando con fermezza quale sia l'alternativo e univoco parametro tecnico alla luce del quale stabilire la regola comportamentale di cui si addebita la trasgressione.

Obiettivo di questo lavoro non è, comunque, la fotografica rappresentazione della prassi giurisprudenziale in questa materia. Sarebbe del resto ipocrita

<sup>3</sup> In argomento F. GIUNTA, *Medico (responsabilità penale del)*, in F. GIUNTA (a cura di), *Diritto penale, serie I dizionari sistematici*, Milano, 2008, p. 876 ss.

<sup>4</sup> Fra le molte: Cass. pen., sez. IV, 18 marzo 2004, Fatuzzo, p. 6; Cass. pen., sez. IV, 19 maggio 2005, Pauletti, p. 13; Cass. pen., sez. IV, 30 gennaio 2008, Bruno, p. 7; cass. IV, 30 gennaio 2008, Di Masi, p. 7.

<sup>5</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 21 giugno 2007, Buggè, p. 8; Cass. pen., sez. IV, 12 febbraio 2008, Gervasoni, p. 3 s.

<sup>6</sup> In argomento, per tutti, P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 1969 ss.; F. ANGIONI, *op. cit.*, p. 1281 ss.

<sup>7</sup> *Ex plurimis* V. ATTILI, *L'agente-modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1240 ss.

millantare una neutralità espositiva che non si confà, a ben riflettere, ad alcun giurista. Ci si prefigge semmai di rappresentare le principali tendenze interpretative emerse in una giurisprudenza vieppiù avvezza all'utilizzo delle categorie dogmatiche, non meno che pronta ad assumere un'autonoma funzione teorizzatrice, misurandone la distanza rispetto a una ben precisa concezione della colpa, che è quella usualmente definita come normativa. Il tutto focalizzando l'attenzione sulle più significative decisioni dell'ultimo lustro, che saranno qui di seguito ripartite secondoché esse riguardino l'individuazione del paradigma comportamentale che si contesta al soggetto agente di non aver osservato ovvero la delimitazione dell'evento tipico.

### 3. *La tipicità colposa nella recente giurisprudenza: prove tecniche di normativismo*

È un dato ormai scontato nella moderna dottrina che la colpa, prim'ancora di esprimere un minore giudizio di rimprovero, assume una dimensione oggettiva, sino al punto di distinguersi dal dolo quale modello specifico di illiceità<sup>8</sup>. Il reato colposo non corrisponderebbe, dunque, da questa angolazione, a un semplice "comportamento offensivo che si addebita al soggetto di non aver saputo evitare". È invece un "comportamento offensivo, *contrastante con un parametro comportamentale*, che si addebita al soggetto di non aver saputo evitare". La differenza tra le due formule – com'è evidente e noto – sta tutta nel ruolo della regola di diligenza, la quale viene impiegata già nel versante oggettivo per distinguere la condotta tipica da quella meramente causale.

Una tale impostazione, comunemente denominata come "normativa", ha trovato un pieno e incondizionato riconoscimento nella più recente e autorevole giurisprudenza di legittimità, ove si legge a chiare lettere:

«La premessa teorica da cui occorre prendere le mosse sul tema della colpa è costituita dalla constatazione dell'avvenuto superamento delle più risalenti teorie che fondavano la responsabilità colposa su elementi psicologici. Oggi è ormai pressoché generalmente accettata la costruzione teorica che afferma la *natura normativa* della colpa [...] nel senso che *il fondamento della responsabilità è rinvenibile nella contrarietà*

<sup>8</sup> Fondamentalmente G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 157. A testimonianza del radicamento teorico di un tale assunto v. gli ampi riferimenti bibliografici offerti da P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale. parte speciale*, diretto da G. MARINUCCI - E. DOLCINI, Milano, 2003, p. 26 ss., nt. 67.

della condotta a norme di comportamento di cui sono espressione le regole cautelari dirette a prevenire determinati eventi e nell'inosservanza del livello di diligenza oggettivamente dovuta ed esigibile [...]. È dunque logica la conclusione che la collocazione teorica della colpa oggi non possa esaurirsi nell'ambito della colpevolezza ma attenga direttamente anche alla *tipicità del reato*. [...] La natura normativa della colpa risulta ancora più evidente nelle fattispecie di reato [...] denominate "causalmente orientate" (in particolare omicidio e lesioni colpose) – caratterizzate dal fatto che il legislatore prende in considerazione esclusivamente l'evento senza che venga descritta la condotta – nelle quali *la tipicità è descritta sostanzialmente dalle regole cautelari violate*<sup>9</sup>.

Non v'è dubbio che una tale impostazione, se acquisita con convinzione e in profondità, saprà rivoluzionare in meglio l'accertamento della responsabilità colposa, specie nel contesto dell'attività medico-chirurgica. Per ora già comunque affiorano nella giurisprudenza di settore talune rilevanti conseguenze legate all'anticipazione della colpa nel versante della tipicità (v. *infra*, § 3 ss.), mentre un'altra ricaduta della stessa impostazione – forse la più importante – fatica a farsi strada, e non solo tra gli operatori (v. *infra*, § 9 s.).

#### 4. *L'emancipazione della condotta tipica colposa da quella meramente causale*

Ove si concepisca la colpa come mera forma colpevolezza, è inevitabile ridurre la condotta tipica a quella che ha causato l'evento<sup>10</sup>. Da questa angolazione, fortemente condizionata dall'adozione di una concezione pregiudiziale di azione<sup>11</sup>, dolo e colpa non si distinguerebbero che per il diverso grado di volontarietà e rimproverabilità, mentre l'elemento oggettivo del reato resterebbe ancorato, in entrambe le forme di responsabilità, alla logica della *condicio sine qua non*.

Le cose stanno diversamente se si interpretano dolo e colpa come forme di tipicità. In questa prospettiva la condotta tipica non può ridursi all'atto causale, ma deve corrispondere, nel dolo, all'azione finalisticamente orientata all'of-

<sup>9</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 19 maggio 2007, n. 4675, Parte IV, Sezione III, Cap. III, Punto c, intitolato «*La natura della colpa*», p. 272 ss. (corsivi aggiunti).

<sup>10</sup> Per questo modello d'impronta giusnaturalistica, erede di quella impostazione criminalistica incline a suddividere il reato in forza fisica e forza morale, v. da noi F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 2008, p. 101 ss.

<sup>11</sup> Cfr. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., p. 37 ss.; sull'*Oberbegriff* dell'azione quale ostacolo allo sviluppo dogmatico della colpa v. ID., *Colpa*, p. 12 ss.

fesa<sup>12</sup> e, nella colpa, all'azione contraria alla regola cautelare. E vero è che talvolta questa valutazione normativista non sposta il fuoco dell'indagine. Non mancano però i casi in cui l'input causale e l'azione contraria al paradigma comportamentale non coincidono: cosicché diviene concretamente significativo stabilire quale sia il modello di tipicità accolto dall'interprete. Da questa preferenza dipende infatti la direzione dell'addebito, da rivolgersi, alternativamente, a chi ha realizzato la causa prima dell'evento ovvero a colui che ha violato la regola cautelare.

Un esempio tratto dalla giurisprudenza sulla colpa medica ben può chiarire una tale differenza, rivelando quanto importante sia, a fini pratici, la comprensione che la colpa sia una forma di tipicità incentrata sulla regola cautelare.

Si pensi allora al caso, tanto ricorrente da diventare paradigmatico, di decesso del paziente causato da una patologia innescata da un corpo estraneo (garza o ferro chirurgico) dimenticato nelle sue viscere al termine di un'operazione a cielo aperto. Ebbene: l'adozione di una diagnosi eziologica finirebbe fatalmente per attirare l'attenzione del giudice sul comportamento del chirurgo che, omettendo di recuperare il ferro dopo l'uso, ha dato abbrivio all'iter causale che ha poi condotto al decesso. Non così, invece, ove si prediliga una concezione normativa della colpa, la cui area di tipicità presuppone l'individuazione di una regola comportamentale che si suppone sia stata trasgredita. Nell'operare una tale ricognizione emergerebbe, infatti, che la dimenticanza del ferro da parte del chirurgo è un rischio temporaneamente tollerato durante la fase operatoria – ché la preoccupazione contraria distrairebbe dal concentrarsi sull'intervento – per fronteggiare il quale è stata escogitata una prassi cautelare (in gergo denominata “conta dei ferri”) da osservarsi al termine dell'operazione e volta alla ricognizione di tutti gli strumenti impiegati durante l'intervento. Donde la conseguenza che, muovendo da una concezione normativa della colpa, l'addebito di omicidio colposo riguarderebbe, non già chi ha innescato l'iter causale che ha condotto alla morte del paziente, bensì chi ha ommesso di contare i ferri, non dominando così colpevolmente quell'area di rischio che la regola cautelare intendeva prevenire e che si è poi concretizzata nella morte del paziente.

Tanto chiarito, il passaggio dell'una all'altra soluzione – cui corrisponde il passaggio da una concezione causalistica della tipicità colposa ad una normativa – ben si coglie proprio nella giurisprudenza di settore riguardante il caso appena ricordato.

<sup>12</sup> Per tutti M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 74 ss.

Un tempo, sulla scorta di una visione psicologica (non a caso si parlava di “errore” del medico) era chiamato automaticamente a rispondere di omicidio colposo colui che aveva lasciato l’oggetto nel corpo nel paziente poi deceduto<sup>13</sup>, o addirittura tutta l’équipe che era incorsa nella dimenticanza<sup>14</sup>, con l’unica eccezione – tutt’al più – dell’anestesista stante la mancanza di una sua competenza nel porre o estrarre ferri e tamponi dalle cavità del paziente<sup>15</sup>. Attualmente, nel medesimo contesto, è chiamato più correttamente a rispondere di omicidio colposo il soggetto preposto alla conta dei ferri che non vi abbia provveduto, sino al punto di escludere, per questa via, ogni responsabilità di colui che abbia materialmente utilizzato e verosimilmente non ripreso lo strumento che ha causato la patologia.

Si veda a questo proposito Cass. pen., sez. IV, 6 aprile 2005, Malinconico, nella quale si esclude la responsabilità colposa del chirurgo che praticò l’intervento in ragione del fatto che egli aveva dovuto abbandonare la sala operatoria, per provvedere ad altre e più pressanti urgenze, prima della fase conclusiva riservata alla ricognizione degli strumenti. Per la verità, va riconosciuto che lo spostamento dell’attenzione giurisprudenziale dal piano causale (chi ha lasciato l’oggetto nelle viscere?) a quello normativo (chi doveva contare i ferri?) non modifica sempre il centro d’imputazione: in effetti, così come un tempo la giurisprudenza riteneva che tutti i membri dell’équipe fossero responsabili della dimenticanza (v. *supra* in nota), adesso la Cassazione tende a ritenere che l’intero staff medico sia destinatario della regola cautelare che impone di contare i pezzi (Cass. sez. IV, 26 maggio 2004, Picciurro). In realtà, però, poiché sarebbe illogico che i pezzi siano materialmente contati più volte da tutti partecipanti, sono gli assistenti o il ferrista a provvedervi nella prassi, residuando tutt’al più in capo al chirurgo il dovere di controllare che la conta sia stata fatta, non già l’obbligo di ripeterla. Su questa base si spiega dunque la condanna inflitta recentemente a un chirurgo, che era stato sostituito verso la fine dell’intervento, non tanto per avere dimenticato una garza nell’addome del paziente, quanto per avere omesso di verificare l’esito del conteggio finale (dalla scheda di sala risultava infatti l’impiego di sette garze e la restituzione di sei): Cass. sez. IV, 7 marzo 2008, Giudici, spec. 11 s.

La giurisprudenza relativa all’obbligo della “conta dei ferri” offre un esempio estremamente nitido delle ricadute estremamente concrete sottese alla

<sup>13</sup> Per tutti: Cass. pen., sez. IV, 15 luglio 1982, Faenza, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1543, con nota di A.L. VERGINE, F. BUZZI, *A proposito di una singolare ipotesi di colpa professionale*, p. 1545 ss.

<sup>14</sup> Cass. pen., sez. IV, 9 novembre 1981, Lilli, in *Giust. pen.*, 1982, p. 830; App. Bari, 26 gennaio 1981, Lilli, in *Foro it.*, 1983, II, c. 167, con nota di BELFIORE, *Sulla responsabilità colposa nell’ambito dell’attività medico-chirurgica in “équipe”*.

<sup>15</sup> Cass. pen., sez. IV, 9 aprile 1984, Passarelli, in *Riv. pen.*, 1985, p. 607.

normativizzazione della colpa, o meglio all'anticipazione della colpa sul versante della tipicità. Tale tesi – è questo uno dei principali e fondamentali effetti – rifugge dalla spontanea tendenza a identificare la condotta tipica con quella meramente causale, imponendo di ricostruire la tipicità colposa *a partire* dalla individuazione di una regola cautelare che si suppone sia stata trasgredita. Un compito questo che, a rigore, spetterebbe al pubblico ministero assolvere sin dalla fase delle indagini preliminari, lasciando al dibattimento la verifica dell'esistenza effettiva della regola la cui violazione è contestata, nonché della sua idoneità preventiva e della rimproverabilità al soggetto per non averla saputa rispettare. Per questa ragione la regola cautelare che si suppone trasgredita dovrebbe essere indicata sin dal capo di imputazione e non potrebbe essere modificata durante il corso del processo, pena la violazione del principio di immutabilità dell'accusa<sup>16</sup>. Ma sono queste ricadute processuali ancora lontane da venire, e alle quali si potrà forse un giorno approdare allorché la cultura degli operatori sarà ben sintonizzata sul significato profondo della dimensione tipica della colpa.

### 5. Il carattere modale della regola cautelare

Un'ulteriore conseguenza della concezione normativa della colpa che ben s'intravede – non senza eccezioni, però – nella giurisprudenza penale della me-

<sup>16</sup> Così per tutti D. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3836 ss. La nostra giurisprudenza continua invece, imperterrita, a ritenere che la sostituzione della regola durante il corso del processo non violi il principio della necessaria correlazione tra imputazione contestata e sentenza, rimanendo così sorda alle comprensibili e giustificate obiezioni secondo cui una tale sostituzione, specie quando avviene direttamente con la condanna di secondo grado, impedisce di difendersi nel merito (dimostrando, ad esempio, che la regola non era doverosa, che non avrebbe evitato l'evento, ecc.), dato che tali sforzi argomentativi erano stati rivolti, nel corso del processo, verso un'altra regola cautelare: v. fra le più emblematiche *Cass. sez. fer.*, 24 agosto 2005, *Anemona*, in cui la difesa lamenta che l'imputato era «stato rinviato a giudizio per mancati controlli postoperatori e condannato per omessa effettuazione di una econotomografia» (p. 5). La stabilità processuale della regola cautelare contestata risulta ancor più fondamentale ove si consideri la crescente tecnicità dell'accertamento concernente la colpa medica (specie riferimento alla valutazione della c.d. «causalità della colpa». tramite un giudizio controfattuale di idoneità salvifica della regola contestata): con la conseguenza che non è raro imbattersi in sentenze che, da un lato, negano l'esistenza di una violazione del principio di immutabilità dell'accusa, trovandosi poi dall'altro lato costrette ad annullare con rinvio la decisione, perché la sostituzione della regola cautelare non è stata accompagnata da una verifica della sua concreta idoneità salvifica: paradigmatica al riguardo *Cass. pen.*, sez. IV, 30 gennaio 2008, *Di Masi*.



dicina, riguarda il carattere *necessariamente* «modale» della regola cautelare, intendendosi con ciò una prescrizione che indichi con precisione i comportamenti e i mezzi necessari a evitare la lesione del bene giuridico tutelato<sup>17</sup>.

Il ragionamento da cui origina una tale acquisizione tecnica è semplicissimo<sup>18</sup>, e muove dalla constatazione che l'incriminazione a titolo di colpa riguarda, per sua natura, le attività pericolose. Attività, di fronte alle quali l'ordinamento non può che assumere una delle seguenti e alternative soluzioni: vietarne lo svolgimento, allorché si ritenga che il rischio ad esse intrinseco superi intollerabilmente l'utilità che se ne trae; ovvero consentirne l'esercizio, condizionandolo però al rispetto di regole volte a contenerne il pericolo. Da qui l'intrinseco contenuto modale delle stesse, le quali sono volte per l'appunto a stabilire le condizioni operative di liceità dell'esercizio di un'attività rischiosa. In ciò si coglie infatti l'essenza funzionale delle regole cautelari: le quali, unitamente alle norme incriminatrici cui si ricongiungono, si prefiggono di conciliare il diritto di libertà all'esercizio di attività rischiose con la tutela dei terzi<sup>19</sup>.

Tanto chiarito, potrebbe a prima vista sembrare che la natura modale sia un'acquisizione tecnica scarsamente significativa ai fini pratici. Ed invece, ad un esame più attento ben ci si avvede quanto fondamentale sia una tale imprescindibile condizione non solo per ciò che essa include, ma ancor più per quello che essa esclude: giacché, se presa sul serio, sottende *l'impossibilità di completare la tipicità colposa per mezzo di qualunque paradigma comportamentale che non abbia ad oggetto una modalità d'azione*.

## 6. L'abbandono della regola dell'astensione nella giurisprudenza sulla colpa medica

Ad esempio, il carattere necessariamente modale della regola cautelare impedirebbe di fondare la tipicità colposa su un divieto d'agire, ché, per sua na-

<sup>17</sup> Così letteralmente G. FORTI *Colpa (dir. pen.)*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Milano, 2006, p. 947 s. Non diversamente S. CANESTRARI, *Delitti contro la vita*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2000, 305, secondo cui «gli obblighi cautelari non sono concepiti per impedire un evento *tout court*, bensì determinate *modalità* di produzione dell'esito offensivo» [corsivo aggiunto].

<sup>18</sup> I vari passaggi logici sono messi a punto da F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 233 ss.; ID., *La normatività della colpa penale: lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86 s.

<sup>19</sup> Letteralmente F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 90.

tura, non è modale. Diversamente ragionando, lasciando cioè che la tipicità colposa poggi su un obbligo di astensione, anziché su un dovere di diligenza, si finirebbe per consentire al giudice di “sostituirsi al legislatore”: ossia di lasciargli la possibilità di sfruttare la genericità del precetto colposo al fine di introdurre, subdolamente, degli autentici divieti penalmente sanzionati, entrando così in contraddizione con il principio di legalità e di riserva di legge di cui all’art. 25, comma 2, Cost. Né varrebbe obiettare che tutte le prescrizioni modali implicano, di riflesso, il divieto di tenere qualunque comportamento diverso da quello prescritto. Non è infatti su questi “divieti collaterali” che si fonda la tipicità colposa, rimanendo essa definita solo dalla regola cautelare positiva, che indica cioè il “come” ci si sarebbe dovuti comportare. È solo questa a specificare il significato dell’addebito colposo; ed è solo questa cui occorre riferirsi per operare correttamente le verifiche d’imputazione dell’evento (nesso di rischio, causalità della colpa, rimproverabilità soggettiva).

Senonché, malgrado l’ineccepibilità di un tale ragionamento, esso rimane in dottrina ben più che isolato, riducendosi nella sua interpretazione più rigorosa alla posizione di un solo autore<sup>20</sup>. Per il resto, si continua a sostenere che la ricerca della regola cautelare può condurre l’interprete a contestare un divieto d’agire (*rectius*: un obbligo di astensione)<sup>21</sup>. Una posizione questa che ci si aspetterebbe allora di ritrovare proprio nella giurisprudenza penale sulla colpa medica, non foss’altro perché, trattandosi di un’attività ad alto rischio affidata a un numero assai ampio di operatori, verrebbe da pensare che in almeno un caso l’addebito per colpa si sia risolto nella contestazione al medico di essere intervenuto là dove non avrebbe dovuto. Viceversa è agevole constatare come non vi sia la minima traccia, per lo meno nella giurisprudenza recente, di condanne che abbiano leva su un dovere di astensione: nemmeno quando il paziente era al alto rischio e l’intervento altamente rischioso.

Paradigmatico, a questo proposito, è il caso affrontato dalla sentenza Duce, avente ad oggetto una paziente affetta da una grave e limitante patologia alla cistifellea, la quale decide di sottoporsi a un intervento di colecistectomia nonostante la presenza

<sup>20</sup> F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., p. 234 s. Non manca comunque chi nega per lo meno il legittimo utilizzo della regola dell’astensione nel valutare la responsabilità colposa nell’ambito delle attività rischiose ma autorizzate (come quella medico-chirurgica): è questo il nocciolo del concetto di «colpa speciale» prospettato da F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 341.

<sup>21</sup> Per tutti P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, p. 18 ss.; ID., *I delitti*, cit., p. 24 ss., 229 s., *passim*; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, p. 208.

di un alto rischio tromboembolico<sup>22</sup>. La paziente era infatti portatrice di una valvola protesica, associata a terapia anticoagulante e in trattamento farmacologico (Sintrom) a causa di una pregressa fibrillazione ed evento ischemico con insufficienza aortica. La scelta di effettuare l'intervento di asportazione della cistifellea imponeva però l'interruzione di una tale terapia e la temporanea somministrazione di altra sostanza (calciparina), con il rischio, purtroppo verificatosi, della formazione di trombi. Ebbene, malgrado la dinamica del decesso rispecchiasse esattamente quella prevedibile *ex ante*, la giurisprudenza di legittimità – facendo leva su una ben precisa tecnica di enucleazione della regola cautelare su cui si ritornerà in seguito (v. *infra*, § 9) – rifugge dal contestare al chirurgo il dovere di astensione, assolvendo (in tutti e tre i gradi) l'intera *équipe* che aveva praticato l'intervento nel rispetto delle regole modali consigliate dalla più accreditata letteratura medica per il trattamento della classe di pazienti in cui rientrava la sfortunata donna<sup>23</sup>.

Beninteso: la rinuncia della giurisprudenza ad assumere l'astensione quale contenuto dell'obbligo cautelare non dipende certo da una ponderata predilezione per l'interpretazione più rigorosa del carattere necessariamente modale della regola cautelare. Si tratta, più verosimilmente, di una spontanea comprensione delle illogiche conseguenze cui si esporrebbe la soluzione alternativa: la quale, sfruttando il dovere di astensione, finirebbe per imputare al medico la verifica del rischio che è intrinseco nello svolgimento della propria attività. Senza dimenticare poi che ove si diffondesse la cultura dell'astensione nel diritto penale della medicina, essa finirebbe per privare i pazienti più critici della possibilità di sfruttare le *chances* terapeutiche a loro disposizione, innescando deprecabili forme di "scaricamento" alimentate dal timore degli operatori di incappare nell'evento infausto prevedibile ma non dominabile *ex ante*.

Come che sia, la spontanea refrattarietà della giurisprudenza per l'obbligo di astensione si coglie anche in termini linguistici. Basti considerare che là dove l'intervento medico si rivelerebbe dannoso anziché benefico (si pensi ad esempio alla rimozione di un ematoma cerebrale provocato da aneurisma in un paziente caratterizzato da eccessiva pressione cranica), la giurisprudenza tende a contestare, non già l'obbligo di astensione, bensì l'obbligo di osserva-

<sup>22</sup> L'esistenza di un efficace consenso informato, sebbene contestato dalla parte civile, è stato dato per certo in tutti i gradi del giudizio: Cass. pen., sez. IV, 18 marzo 2007, Duce, p. 3 s.

<sup>23</sup> Fatta eccezione per due pagine della sentenza (8 e 9) ove si cita un tratteggio insegnamento manualistico raccolto nella giurisprudenza degli anni '90 (Cass. sez. IV, 21 novembre 1996, Spina), v'è da ritenere che la sentenza Duce ben possa essere presa a modello di come si debba svolgere e articolare l'accertamento tecnico-giuridico della colpa medica.

re la «*terapia dell'attesa*» (nell'esempio: l'obbligo di attendere che la pressione scenda, e di attivarsi farmacologicamente affinché ciò accada)<sup>24</sup>. Può sembrare solo un sottigliezza linguistica, ma è invece un'ulteriore e significativa prova della spontanea e commendevole tendenza giurisprudenziale a prediligere la concezione modale della regola cautelare.

### 7. *Il contenuto della regola cautelare: un determinato e positivo paradigma deontologico*

Sempre che se ne condivida il significato profondo, il carattere modale della regola cautelare impone di riservare un tale ruolo tecnico solo ai paradigmi comportamentali che indicano *con precisione e in positivo* l'azione doverosa. Una tale condizione è imposta dal fatto che l'incriminazione per colpa, pur essendo «deontologicamente» flebile<sup>25</sup>, non può essere priva di quella funzione orientativa che è elemento imprescindibile di qualunque disposizione incriminatrice. Spetta dunque alla regola cautelare il compito di far funzionare la norma penale come motivo dell'operare specificando in concreto il parametro comportamentale doveroso.

Un tale apporto si rivela indispensabile sia fuori del processo, perché solo una determinata e positiva regola modale positiva può concretamente orientare la condotta degli operatori, sia e ancor più in sede processuale, perché è solo questo tipo di regola cautelare che consente all'imputato di difendersi, provando ad esempio che il modello comportamentale contestatogli non era in realtà doveroso, che non lo si poteva conoscere o mettere in pratica, che non avrebbe saputo prevenire l'evento, che non spettava a lui realizzarlo, e via di seguito. Per questa ragione la regola cautelare, per essere veramente tale, non può limitarsi a un contenuto negativo (ad es.: mancata effettuazione della diagnosi corretta), o genericamente finalistico (es.: inadeguatezza a fronteggiare il

<sup>24</sup> Sulla «terapia dell'attesa» – in un caso tuttavia difficilmente utilizzabile a fini di studio, in quanto viziato da «macroscopiche anomalie processuali» – v. Cass. pen., sez. IV, 9 maggio 2007, Boschetti [inedita]. Sempre con riferimento alla terapia dell'attesa, va ricordato che la presenza e la doverosità di una tale prassi comportamentale è valsa talvolta a scongiurare la responsabilità dei medici cui era contestato il mancato intervento: per un interessante caso in cui la Cassazione ha ribaltato una condanna di merito riconoscendo la liceità dell'opzione attendistica adottata dall'intera équipe v. Cass. pen., sez. IV, 8 febbraio 2001, Bizzarri, in *Cass. pen.*, 2003, p. 547, p. 2350.

<sup>25</sup> Su tale carenza v., per tutti, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 157-167, 184, 200.

rischio)<sup>26</sup> o tanto meno descrittivo di ciò che i giudici ritengono sia accaduto (es.: carenza della terapia somministrata). Deve invece indicare con precisione il mezzo o la modalità d'azione che il medico avrebbe dovuto adottare per salvaguardare l'integrità del paziente. È, questo, un autentico *diritto* del condannato per colpa medica (e non solo): il quale almeno al termine del processo (ma sarebbe meglio che avvenisse con la richiesta di rinvio a giudizio) deve essere posto a conoscenza di ciò che avrebbe fatto con precisione il soggetto diligente al proprio posto. Senza questa dimostrazione ogni eventuale condanna elude il mandato perfezionativo della tipicità che il precetto generico colposo riversa sul giudice (v. *infra*, § 9).

Ciò detto, è agevolmente constatabile come anche su questo terreno la giurisprudenza di legittimità dell'ultimo decennio abbia compiuto notevoli passi in avanti. Non che essa riveli la consapevolezza di assolvere al mandato specificativo teorizzato dalla dogmatica sulla colpa; ma è difficile terminare la lettura di una sentenza della Cassazione senza individuare – magari non all'inizio, come sarebbe opportuno, ma comunque nel corso della motivazione – il modello comportamentale positivo di cui si contesta la trasgressione.

Si vedano a titolo esemplificativo le seguenti regole cautelari utilizzate dalla giurisprudenza, a seconda dei casi, per assolvere o condannare: “nel preparare l'anestesia epidurale occorre praticare un preimpimento del letto vascolare onde evitare cali di pressione del paziente” (Cass. pen., sez. IV, 20 gennaio 2004, Brauneis); “in occasione del parto, di fronte a una distocia di spalla occorre effettuare la manovra di Kristeller” (Cass. pen., sez. IV, 18 marzo 2004, Fatuzzo); “l’inserimento di un perno nella dentatura va preceduta da cure canalari e idonea devitalizzazione” (cass. IV, 26 gennaio 2006, Roscini); “per prevenire il rischio di emboli susseguente a un'operazione alle vene di una gamba, occorre imporre al paziente di muoversi e avvolgere l'arto con una fascia elastica” (Cass. pen., sez. IV, 8 novembre 2006, Ricevuto; analogamente

<sup>26</sup> Finalmente, anche in altri settori della responsabilità colposa, affiora nella giurisprudenza di legittimità la tendenza a pretendere che la tipicità colposa si fondi sull'individuazione di una precisa regola cautelare: v. emblematicamente Cass. pen., sez. IV, 20 giugno 2007, Di Caterina, in *Ced* 236905: «Nei reati colposi, qualora si assuma violata una regola cautelare c.d. “elastica”, che cioè necessiti, per la sua applicazione, di un legame più o meno esteso con le condizioni specifiche in cui l'agente deve operare – al contrario di quelle c.d. “rigide”, che fissano con assoluta precisione lo schema di comportamento – è necessario, ai fini dell'accertamento dell'efficienza causale della condotta antidoverosa, procedere ad una valutazione di tutte le circostanze del caso concreto (nella specie la corte ha annullato con rinvio la sentenza di condanna per omicidio colposo da incidente stradale, fondata sul *generico riferimento alla inadeguatezza della velocità*, senza una analitica valutazione di tutte le circostanze del fatto in grado di definire l'esatta incidenza di tale violazione nel caso concreto).

Cass. pen., sez. IV, 9 novembre 2006, Falcone); “in presenza di un’ipertensione endocranica acuta occorre effettuare un drenaggio esterno dei ventricoli laterali” (Cass. pen., sez. IV, 17 gennaio 2007, Milla); “di fronte al rischio di cancrena alla gamba occorre sistemare un drenaggio e praticare continui lavaggi della ferita” (Cass. pen., sez. IV, 9 maggio 2007, Morelli); “quando le piastrine scendono sotto le 20.000 occorre praticare una trasfusione” (Cass. pen., sez. IV, 26 giugno 2007, Pizzi); “l’esito degli esami clinici va letto quanto prima possibile onde evitare lo sviluppo della massa tumorale” (Cass. pen., sez. IV, 7 giugno 2007, Bernardini); “in presenza di un distacco di placenta, la sala operatoria deve essere approntata in un tempo inferiore a 15 minuti” (Cass. pen., sez. IV, 19 settembre 2007, Amodei); “svolgendo le visite anamnestiche preoperatorie, l’anestesista deve sollecitare nel paziente i ricordi alla ricerca di episodi potenzialmente allergici” (Cass. pen., sez. IV, 24 ottobre 2007, Magna).

L’accresciuta sensibilità giurisprudenziale per la definizione della regola cautelare si coglie, altresì, nella commendevole tendenza ad evitare il pedestre riferimento all’errore medico *tout court* quale parametro di colposità: una soluzione, questa, di cui abusava invece la precedente giurisprudenza adusa a una visione psicologica della colpa, incorrendo così in una perniciosa “crasi semplificativa” dell’imputazione.

Chiaramente, infatti, *di errore è possibile parlare solo in presenza di un parametro positivo rispetto al quale qualificare la condotta come erronea*. Ma se così è, non si vede allora per quale ragione tecnica – se non per spianare la strada all’accusa – ci si dovrebbe accontentare della contestazione dell’errore anziché esigere che sia messo a fuoco il parametro comportamentale su cui si fonda il giudizio di erroneità? Né si può ritenere che le due contestazioni siano fungibili, giacché radicalmente diverso è l’esercizio del diritto di difesa nei due casi. Ove si esiga infatti l’indicazione di una determinata e positiva regola cautelare, questa dovrà essere fornita dall’accusa, mentre alla difesa spetterà liberarsi dall’addebito dimostrandone, come si è visto, l’inidoneità preventiva, la non doverosità, eccetera. La contestazione dell’errore implica, viceversa, una completa inversione dell’onere della prova, esentando l’accusa dal dovere di completare il precetto lasciato aperto dal legislatore, e scaricando sulla difesa l’onere di dimostrare la non erroneità dell’attività medica prestata. Dimostrazione a dir poco disagiata, visto che imporrebbe di provare il rispetto di *tutte* le regole cautelari, ovvero che *nessuna* di essa era in grado di evitare l’evento, e così via. Insomma, il riferimento all’errore *tout court* in luogo dell’esatta individuazione del paradigma comportamentale rispetto al quale è giudicata erronea la condotta, moltiplica esponenzialmente l’onere della difesa, costituendo tecnicamente una elusione del principio di legalità, *sub specie* di

determinatezza, che impone invece al giudice di completare il precetto colposo per mezzo una *precisa* regola modale.

8. *I pericoli di volatilizzazione della regola cautelare.* a) *La culpa in re ipsa nella valutazione della diligenza esecutiva*

Malgrado il già segnalato miglioramento giurisprudenziale nella messa a fuoco del contenuto modale della regola cautelare, residuano tuttavia alcune sacche di resistenza di pseudo-regole cautelari dal contenuto censorio anziché deontologico. Un affievolimento, dunque, del rigore richiesto al giudice nell'accertamento della responsabilità colposa, che ricorre soprattutto in due contesti.

a) Il primo settore in cui il contenuto della regola cautelare tende a scolorire, sino talvolta a dissolversi del tutto, è quello in cui i giudici sono chiamati a verificare la correttezza della esecuzione materiale di un intervento medico. L'atteggiamento è anche comprensibile giacché, nel valutare la colpa di esecuzione, al giudice si para spesso davanti un evento infausto determinato dall'azione del medico, che manifesta in sé e per sé una negligenza. Di qui la spontanea tendenza a desumere la colpa partendo dall'evento senza soffermarsi a delineare la regola cautelare.

Valga per tutti il riferimento al caso affrontato da Cass. pen., sez. IV, 12 luglio 2006, Iaquinta. Si ha un bel dire che il giudice è tenuto a indicare la regola cautelare trasgredita dal medico: se quest'ultimo infila per due volte la canula dell'anestesia nell'esofago della paziente, anziché nella trachea, cagionandone la morte per anossia, non vi possono essere grandi dubbi sulla identificazione della regola cautelare trasgredita, coincidendo questa con l'esatto contrario di ciò che i medici hanno fatto: e cioè con l'obbligo di inserire la canula dell'anestesia nella trachea anziché nell'esofago.

È un po' quello che accade allorquando il giudice è chiamato ad accertare il dolo rispetto a un comportamento univoco e teleologicamente pregnante (ad esempio: morte della vittima attinta da decine di coltellate). Non è improprio né illegittimo parlare in questi casi di *dolus in re ipsa*, là dove con ciò s'intenda una evidenza dell'atteggiamento interiore tale da acclarare senza ombra di dubbio l'oggetto e la direzione della volontà<sup>27</sup>. Ecco: la colpa di esecuzione si presta, in modo non dissimile, a una forma di *culpa in re ipsa*, nella misura

<sup>27</sup> Per tutti F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, Milano, 1960, *passim*.

in cui è l'evento stesso a condensare su di sé l'esistenza di una regola cautelare trasgredita.

Si pensi, quali ulteriori esempi in cui la giurisprudenza si è astenuta dal soffermarsi a formalizzare la regola cautelare trasgredita, riscontrando una *culpa in re ipsa* di esecuzione, ai seguenti eventi sintomatici: sezione completa del nervo sciatico popliteo esterno e parziale sezione dello sciatico popliteo interno derivante dalla perdita di controllo della fresa di alesaggio in occasione del reimpianto dello stelo protesico femorale all'anca (Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 2006, Misasi); ustioni di I e II grado cagionate dall'applicazione da parte del farmacista di un batuffolo imbevuto di ammoniaca pura (non diluita) su una lesione cutanea originata da una puntura di insetto (Cass. pen., sez. IV, 17 gennaio 2007, Mello); lesione della cupola pleurica provocata dall'inserimento in profondità di uno spillo da agopuntura (Cass. pen., sez. IV, 14 marzo 2007, Pagano).

Occorre prestare attenzione, però. Così come il *dolus in re ipsa*, da ammissibile semplificazione probatoria, può scadere in vere e proprie presunzioni di dolo in quanto tali incompatibili con il principio di colpevolezza<sup>28</sup>, parimenti la *culpa in re ipsa*, se ipostatizzata in ogni contesto esecutivo, rischia di alimentare analoghe forme di responsabilità oggettiva occulta. Per questa ragione, anche quando la regola cautelare è evidente, sarebbe comunque buona prassi giurisprudenziale che il pubblico ministero prima e il giudice poi si imponessero di enunciarla<sup>29</sup>. Il rischio è altrimenti quello di pretermettere il giudizio di rimproverabilità soggettiva, che nella colpa è impossibile effettuare senza mettere a fuoco la regola cautelare trasgredita<sup>30</sup>, ovvero di lasciarsi sfuggire il c.d.

<sup>28</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 445 ss.

<sup>29</sup> L'enunciazione della regola cautelare nella valutazione della negligenza esecutiva è tanto più necessaria ove il giudice sia chiamato a dirimere un contrasto sulle cause dell'evento infausto: offre un ottimo esempio motivazionale, in questo senso, Cass. pen., sez. IV, 23 settembre 2005, Dor, la quale, risolvendo un conflitto peritale sulla causa della morte del paziente (decesso per insufficienza cardiocircolatoria conseguente a un rigurgito aortico dopo un intervento di sostituzione della valvola aortica), finisce per scolpire la regola cautelare trasgredita (eccessiva lunghezza del tubo protesico utilizzato nell'intervento e mancanza del taglio a becco di flauto come previsto dalla corretta tecnica di esecuzione), illustrando le ragioni per cui si ritiene di attribuire l'*exitus* letale a un tale comportamento negligente anziché alle altre ipotesi prospettate.

<sup>30</sup> Assolutamente perfetta sotto il profilo *metodologico*, è l'accertamento della colpa di esecuzione operata dalla sentenza di merito oggetto di sindacato in Cass. pen., sez. IV, 30 marzo 2005, Sergi. E invero, il GIP prima mette a fuoco la regola cautelare trasgredita (sutura superficiale della lacerazione al peritoneo pelvico senza accertare la fonte profonda dell'emorragia su



“caso anomalo”, finendo per imputare al medico la verifica di un evento infausto malgrado il rispetto di tutte le usuali e doverose modalità operative.

Per avere contezza di quest'ultimo rischio, ossia del problema innescato dalla gestione (medica e giuridica) del “caso particolare”, torna utile riferirsi alla vicenda affrontata da Cass. pen., sez. IV, 15 gennaio 2008, Legré. Oggetto del giudizio era la verifica della diligente effettuazione di un intervento chirurgico di artroliasi al gomito – riservato in genere ai casi più ostici e resistenti di rigidità articolare, che comporta una escissione della capsula articolare volta a liberare le aderenze – al termine del quale il paziente lamenta uno stiramento della struttura nervosa guaribile in un tempo superiore ai quaranta giorni. Il punto è dunque quello di stabilire la causa di una tale lesione: ossia se la si debba addebitare a una negligenza manipolativa del chirurgo ovvero a una fisiologica debolezza del tessuto. Il giudice di primo grado ritiene di aderire alla prima soluzione, condannando quindi il chirurgo per lesioni colpose; e fin qui nulla da rilevare: il fatto è che un tale pronunciamento è stato preceduto, non già dall'individuazione della precisa regola cautelare che il medico avrebbe trasgredito, bensì dal fatto che l'imputato avrebbe «omesso di adoperare la *massima accortezza* [quale?] nel manipolare il nervo»; aggiungendo poi che la lesione si sarebbe «verificata perché era stata esercitata una compressione o trazione *eccessiva* [rispetto a quale parametro?] del nervo nel corso dell'intervento chirurgico, eccesso assolutamente non motivato da alcuna esigenza né ordinaria né eccezionale presentatasi durante l'operazione stessa e quindi *sicuramente* [!] conseguente ad una azione negligente o inesperta da parte dell'operatore» (p. 3). Ecco: questo è un esempio assai nitido di cosa sia la volatilizzazione della regola cautelare, la cui esistenza si pretenderebbe di dimostrare per mezzo di formule linguistiche atte in realtà a rivelare che la negligenza viene presunta nell'evento in sé, e nulla più. Vero ciò, non sorprende che i giudici d'appello abbiano ribaltato la decisione di condanna, sottolineando come quest'ultima non fosse supportata dalla benché minima dimostrazione della violazione di una regola cautelare, posto che non risultava «che il chirurgo avesse commesso errori nella scelta dell'opzione chirurgica ovvero in quella del metodo seguito per l'intervento», talché non era da escludere che la lesione dipendesse da «fattori (soggettivi o di altro genere) particolari e non ragionevolmente prevedibili (come una possibile anomalia congenita della struttura nervosa)» (p. 4). A sorprendere è semmai l'atteggiamento assunto nel caso di specie dalla

paziente attinta da proiettile: p. 1 ss.); in seguito, disattendendo il parere assolutorio dei consulenti del P.M. (i quali ritenevano che s'imponesse nel caso di specie una rapida conclusione dell'intervento perché effettuato su paziente anemica e in un ospedale privo di un reparto di rianimazione), ci si diffonde nel chiarire le ragioni per cui era esigibile dal medico il rispetto della regola cautelare (i.e. effettuazione di una sutura meno superficiale) e le ragioni per cui gli elementi scusanti addotti dai consulenti tecnici non erano stati minimamente presi in considerazione dall'agente concreto (p. 3 ss.).

Cassazione, la quale, ergendosi a terzo giudice di merito – atteggiamento questo da cui essa rifugge accuratamente ove si tratti di ribaltare una sentenza di condanna – annulla la decisione di appello perché «non avrebbe apprezzato e valutato in modo corretto i *dati di fatto* della vicenda» mentre quella di primo grado offre «un più ampio quadro di *disamina di fatto*» (p. 5). L'aspetto criticabile di quest'ultima pronuncia non riguarda, beninteso, la soluzione del caso: ché da quanto se ne sa potrebbe anche essere sacrosanta. Il rilievo è tecnico-giuridico, posto che si è finito per far prevalere una decisione di condanna a titolo di colpa senza che fosse suffragata dalla precisa indicazione della regola cautelare modale che il chirurgo avrebbe violato nel manovrare il nervo.

La presunzione della colpa a partire dall'evento non è peraltro una tendenza esclusiva della giurisprudenza penale. La stessa logica si coglie in quell'orientamento interpretativo, in via di preoccupante sviluppo nella giurisprudenza civilistica, volto a configurare in capo al medico un autentico obbligo di risultato in luogo del tradizionale obbligo di mezzi che, secondo un paradigmatico insegnamento, costituirebbe l'oggetto dell'obbligazione medica<sup>31</sup>. Entrambe queste giurisprudenze sono per vero animate dal medesimo criterio ispiratore frutto di quella cultura scientifica su cui già ci si è soffermati all'inizio: una cultura che esaltando in buona fede i progressi della scienza, finisce per trascurare che il medico, lungi dal poter conseguire meccanicamente una guarigione, altro non può fare che offrire al paziente quelle *chances* terapeutiche (magari elevate ma pur sempre afflitte da un margine d'insuccesso) che la tecnica del momento storico mette a disposizione. Ecco perché l'unica possibilità data al giurista per evitare che il fallimento terapeutico sia oggettivamente addebitato al singolo resta quella di sindacarne l'operato alla luce di una ben precisa regola cautelare, quale unico discrimine tra la responsabilità autenticamente colpevole e il fato.

<sup>31</sup> La configurazione di un obbligo di risultato riguarda soprattutto determinate figure di operatori sanitari (ad es. odontoiatri, chirurghi estetici) nonché tipologie d'intervento considerate routinarie (ad es. appendicectomia): cfr. fra le molte Cass. pen., sez. III, 10 novembre 1999, n. 9617, in *Guida al dir.*, 1999, n. 48, p. 75; App. Genova, 18 luglio 2005, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 1173, con nota di V. PINCHI, *Odontoiatra e medicina odontoiatrica: una questione di sostanza*, ivi, p. 1178 ss.; Trib. Roma, 5 ottobre 1996, in *Arch. civ.*, 1997, p. 1122, con nota di FAVINO. Cfr. inoltre V. ARCARI - A. LOCATELLI - E. RONCHI, *Obbligazioni di mezzi e di risultato nel trattamento estetico e odontoiatrico: aspetti medico legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 1057 ss.; P. MASSIMO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 325 ss.; M. RIARIO SFORZA, *Evoluzione e prospettive della responsabilità del medico*, in *Giur. mer.*, 2006, p. 1813 ss.

9. *La prescrizione del reato colposo. b) una grave minaccia alla precisione contenutistica della regola cautelare*

Il secondo contesto in cui la regola cautelare tende a svaporare non è empirico, ma processuale, ed è determinato dalla prescrizione del reato, che agisce in sinergia con una carenza metodologica della giurisprudenza.

Invero, poiché fra gli operatori non è ancora maturato il principio secondo cui la regola cautelare di cui s'ipotizza la trasgressione è da individuarsi nella fase delle indagini preliminari e va indicata nella richiesta di rinvio a giudizio (v. *supra*, § 3), accade di prassi che si aspetti il giudizio per precisarne il contenuto. Da qui la trasformazione del dibattimento, non già nel luogo in cui verificare la tenuta dell'ipotesi accusatoria (acclarando per esempio l'esistenza del nesso di rischio, l'idoneità preventiva della regola cautelare contestata, la rimproverabilità soggettiva, eccetera), bensì nel luogo in cui viene messa a punto, e talvolta riformulata anche per più volte, la stessa contestazione a titolo di colpa. Operazione questa notoriamente dispendiosa in termini temporali, stante la necessità di coinvolgere consulenti tecnici quasi mai unanimi nella ricostruzione dell'accaduto, che finisce così di frequente per essere interrotta dall'intervento del termine di prescrizione, specie dopo che la legge 251 del 2005 ha ulteriormente ridotto l'intervallo estintivo della maggior parte dei reati colposi<sup>32</sup>.

Poco male, si potrebbe pensare: giacché l'individuazione della regola cautelare dovrebbe comunque imporsi nel giudizio penale, ove esso prosegua al fine di decidere sulle statuizioni civili. Ed invece, proprio in questo frangente, subentra un ulteriore orientamento sfavorevole all'imputato secondo cui – la massima è oramai stereotipata – «in presenza di una causa estintiva del reato, il giudice deve pronunciare l'assoluzione nel merito solo nei casi in cui le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto, la sua rilevanza penale o la non commissione da parte dell'imputato, emergano dagli atti in modo assolutamente incontestabile, tanto che la valutazione da compiere in proposito appartiene più al concetto di “constatazione” che a quello di “apprezzamento”. Ciò in quanto il concetto di “evidenza”, richiesto dal comma 2 dell'art. 129 c.p.p., presuppone la manifestazione di una verità processuale così palese da rendere superflua ogni dimostrazione, concretandosi in una pronuncia libera-

<sup>32</sup> Sulle non poche irragionevolezza del regime prescrizione riguardante i reati colposi v. D. MICHELETTI, *La nuova disciplina della prescrizione*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, spec. 246 ss.

toria sottratta ad un particolare impegno motivazionale»<sup>33</sup>.

Il risultato di un simile intreccio interpretativo è, in buona sostanza, la creazione di una *presunzione di colposità*: una presunzione che si materializza, segnatamente, ogni qual volta il giudizio di merito inizia, si svolge e si conclude senza la precisa individuazione della regola modale trasgredita – individuazione reale, beninteso, e non semplicemente lessicale – e un tale difetto non può essere registrato in sede di impugnazione in quanto il sopraggiungere della prescrizione finisce per esentare il giudice dal valutare le condizioni positive della responsabilità colposa, consentendogli di limitarsi a riscontrare l'assenza di elementi atti a suffragare la non responsabilità dell'imputato. Come dire che la struttura della responsabilità colposa viene amputata del suo frammento più significativo, non richiedendosi più, per la definizione della tipicità, l'esatta individuazione della regola cautelare, ma tornandosi invece ad appiattare la tipicità colposa sulla mera derivazione causale dell'evento dall'azione del medico.

Esempi a questo riguardo ve ne sono diversi, ma nessuno di essi, per il vero, è macroscopico. In molti casi, tuttavia, la lettura della sentenza lascia più di una perplessità. È il caso, per esempio, della vicenda affrontata in Cass. pen., sez. IV, 19 giugno 2007, Palombi, riguardante un primario di ortopedia chiamato a rispondere della morte di un paziente, operato nel proprio reparto per la riduzione della frattura al femore, a causa di una successiva emorragia originata dalla erosione di un vaso arterioso in sede di ulcera duodenale. In primo grado l'imputato viene assolto, giacché al paziente, registrato al momento del ricovero come "gastropatico", erano stati somministrati i farmaci di prassi (Clexane e Renidil) volti alla tutela dell'apparato gastrico e alla protezione del pericolo di tromboembolie. In appello, l'assoluzione viene però ribaltata, addebitandosi al primario di non avere "adeguatamente vigilato" sulle condizioni del paziente. Comprensibile a questo punto il ricorso della difesa, che lamenta – fra l'altro – l'assoluta genericità della contestazione ipotizzata dai giudici d'appello, i quali «si sarebbero rifugiati in formule astratte». Argomentazione questa affatto peregrina, e che nondimeno finisce per essere frustrata dal sopraggiungere del termine di prescrizione, il quale induce la Cassazione ad invertire l'onore probatorio in ragione del fatto che, «in presenza di una causa estintiva del reato, il giudice ha l'obbligo di assolvere per motivi di merito soltanto se dagli atti emergano in modo incontroverti-

<sup>33</sup> A questo proposito, occorre comunque sottolineare che nelle more della pubblicazione di questo lavoro un tale monolitico indirizzo interpretativo è stato finalmente scalfito da quella giurisprudenza secondo cui l'art. 129 c.p.p. non può prestarsi ad avvallare «una motivazione manifestamente illogica o addirittura ai limiti dell'arbitrio» (quale sarebbe a nostro avviso anche quella che delinea una responsabilità colposa senza indicare la regola cautelare trasgredita): così Cass. VI, 18 settembre 2008, Beraldi, in *www.dirittoegustizia.it*.

bile elementi rivelatori dell'insussistenza del fatto o della sua non attribuibilità all'imputato». Di conseguenza, poiché tali elementi non emergono dalla sentenza di appello (che è infatti di condanna), questa viene ratificata dalla cassazione, la quale si spinge sino a fare propri quegli stessi generici addebiti che erano censurati dal ricorso dalla difesa (l'imputato ha «posto in essere condotte inadeguate a fronteggiare il rischio», «non dispose la terapia del caso»).

La sensazione – in definitiva – è che l'intervento della prescrizione del reato, con conseguente proseguimento del giudizio penale a meri fini civilistici, imprima alla struttura della responsabilità colposa una metamorfosi funzionale tale da avvicinarla al modello di atipicità dell'art. 2043 c.c. Il tutto avallato dall'art. 129, comma 2, c.p.p., il quale indurrebbe a considerare l'accertamento della regola cautelare trasgredita come una questione di merito sulla quale si può soprassedere una volta che il reato sia estinto. Il vero è, al contrario, che se si muove da una concezione normativa della colpa, con conseguente anticipazione della stessa sul versante della tipicità (v. *supra*, § 2), *l'individuazione della regola cautelare non costituisce una questione di merito, ma riguarda la legalità stessa del precetto colposo* nella sua concreta applicazione pratica (v. *infra*, § 9). Da qui la conseguenza che qualunque affermazione in sede penale di un reato colposo – ivi inclusa l'affermazione della sua estinzione per decorso del tempo – non può mai prescindere dall'esatta messa a fuoco della regola cautelare violata, con tutti i caratteri che le sono richiesti per supportare una sentenza di condanna. Nessuno sconto può essere concesso, sotto questo profilo, per il solo fatto che il giudicato penale avrà un'esclusiva rilevanza civilistica: ché altrimenti si finirebbe per assimilare la struttura della colpa penale definita dall'art. 43, terza alinea, c.p. con quella delineata dall'art. 2043 c.c.

#### 10. *Il controverso criterio di determinazione della regola cautelare nel diritto penale della medicina*

L'anticipazione della colpa sul versante della tipicità non incide solo sui caratteri strutturali della regola cautelare: condiziona altresì le modalità tecniche della sua individuazione. Lo si deve al fatto che il passaggio dalla concezione psicologica a quella normativa ha finito per chiarire la natura del compito affidato al giudice nel completamento delle fattispecie colpose lasciate “aperte” dal legislatore<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Sulle incriminazioni colpose come “fattispecie aperte” – *rectius*: “temporaneamente”

Precedentemente, infatti, allorché la tipicità della colpa era definita in termini puramente causali, si riteneva che il giudice, ricercando la regola cautelare, compisse un atto interpretativo del giudizio di rimproverabilità: ovvero – per usare una ricorrente espressione giurisprudenziale, e non solo – si occupasse di verificare l'esistenza dell'elemento soggettivo nel singolo fatto di reato. Ora, la consapevolezza della rilevanza tipica della colpa, ha reso evidente che la ricerca della regola cautelare, lungi dal ridursi a "interpretazione della colpa", risponde a un'esigenza di definizione processuale della stessa tipicità penale. È dunque, sotto questo profilo, un *atto di ricognizione normativa*: un atto che si prefigge più precisamente di individuare il "frammento esterno" al quale la norma incriminatrice si congiunge per il tramite degli elementi normativi «negligenza», «imprudenza» e «imperizia»<sup>35</sup>. Perché questa è la qualificazione tecnica più corretta della regola cautelare secondo la teoria del diritto: e cioè – lo si ripete – un frammento di norma incriminatrice<sup>36</sup> evocato dal legislatore per mezzo dell'elemento normativo: un frammento che si chiede conseguentemente al giudice, non già di "esprimere", bensì di "acquisire"<sup>37</sup>.

Sennonché, pur essendo quella appena descritta una convinzione sufficientemente condivisa nella letteratura di settore, assai diverse sono le conseguenze metodologiche che se ne traggono.

Secondo la maggior parte degli interpreti, la consapevolezza del ruolo integrativo della legge penale svolto dalla regola cautelare non influirebbe in alcun modo sulla sua tecnica di riconoscimento, la quale continuerebbe a incentrarsi sul giudizio di prevedibilità (rappresentabilità) ed evitabilità dell'e-

aperte, sino al processo – v. *ex plurimis* G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 136 ss., 145, 323.

<sup>35</sup> Sul concetto di «negligenza», «imprudenza» e «imperizia» v. *ex plurimis* P. VENEZIANI, *I delitti*, cit., p. 29 s.

<sup>36</sup> In relazione alla categoria dogmatica dei «frammenti di norme» v., per tutti, M. BERTOLISSI, *L'inserzione delle proposizioni normative nella legislazione vigente*, in S. BARTOLE (a cura di), *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, 1988, p. 153; R. GUASTINI, *Redazione e interpretazione dei documenti normativi*, in S. BARTOLE (a cura di), *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, 1988, p. 51 ss. Per l'utilizzo di una tale espressione nella letteratura penalistica v., fra i primi, E. MASSARI, *La norma penale*, S. Maria C.V., 1913, p. 4; ma poi anche F. GRISPIGNI *Diritto penale italiano*, vol. I, Milano, 1952, p. 262; F. RAMACCI, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970, p. 18, e da ultimo M. PETRONE, *La costruzione della fattispecie mediante rinvio*, in AA.VV., *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, p. 156, *passim*.

<sup>37</sup> Sulla distinzione tra elementi normativi e descrittivi della fattispecie con specifico riferimento alla funzione – rispettivamente "interpretativa" e "ricognitiva" – che il giudice è chiamato ad assolvere nei due casi v. D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, p. 375 ss.

vento<sup>38</sup>. Esattamente quello stesso giudizio ideato dai cultori della concezione psicologica per interpretare la “colpa-forma di colpevolezza”, con l’aggiunta tutt’al più di alcuni fattori di contenimento (agente modello, delimitazione del rischio consentito, *et similia*), che peraltro già si coglievano *in nuce* nella dottrina dei primi del novecento. Da questa angolazione, dunque, la regola cautelare avrebbe mutato collocazione sistematica, senza che il suo criterio diagnostico abbia richiesto un aggiustamento.

Di diverso avviso è invece un’altra parte della dottrina, secondo la quale la trasposizione della colpa sul piano della tipicità, lungi dal ridursi a un’estetica opzione sistematica, sottende un profonda ricaduta metodologica. Anticipata sul versante oggettivo, ove è chiamata a “chiudere” la fattispecie colposa lasciata “aperta” dal legislatore, la regola cautelare non potrebbe infatti sottrarsi all’influenza operativa di quei principi che, per imperativo costituzionale, si riversano sulla norma penale eterointegrata<sup>39</sup>. È la loro identità funzionale che lo impone<sup>40</sup>, posto che, se le regole cautelari, *unitamente* alla norma penale, servono a delimitare l’area del lecito da quella dell’illecito, ne viene che il loro statuto giuridico non può essere differente. Devono essere quindi determinate, perché la norma incriminatrice non può che essere determinata; devono essere acquisibili *ex ante* perché il precetto penale deve essere conoscibile *ex ante*; devono essere immuni da operazioni di creazione processuale, perché la legge penale non può essere manipolata dal giudice, che vi si deve anzi sottomettere; non possono essere applicate retroattivamente o analogicamente perché la norma penale non può esserlo. In breve: la regola cautelare non può avere nulla di meno di quanto richiesto alla norma incriminatrice, essendo la prima il perno funzionalistico della seconda. Anzi di più: è la regola cautelare

<sup>38</sup> Per una trasposizione del modello classico di accertamento della regola cautelare nel diritto penale della medicina v. per tutti P. VENEZIANI, *I delitti*, cit., p. 172 ss.; C. BRUSCO, *La colpa nella responsabilità penale del medico*, in *Danno e responsabilità*, 2006, p. 831; F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, p. 971.

<sup>39</sup> In termini generali, sulla imprescindibile estensione operativa dei principi che riguardano la disposizione incriminatrice a tutte le sue articolazioni esterne v. D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., p. 54-65.

<sup>40</sup> «Attratta nell’orbita del fatto colposo – scrive a questo riguardo una parte della dottrina – la regola cautelare condivide la duplice funzione di garanzia che la tipicità svolge, in modo equilibrato e simmetrico, nei confronti del bene giuridico e del *favor libertatis*»: ragione per cui la sua determinazione «non può essere rimessa alla discrezionalità giudiziale, ma deve risultare pre-definita e riconoscibile *ex ante* dall’agente quale regola comportamentale astratta»: F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 90.

che deve fornire alla norma incriminatrice tutte le caratteristiche che essa deve possedere in forza dell'art. 25 Cost., giacché, se considerata singolarmente, l'incriminazione «a titolo di colpa» è quanto di più evanescente esista nel mondo del diritto<sup>41</sup>.

Se così è, non vi sono difficoltà a comprendere perché questa dottrina rifiuti il ricorso al giudizio di prevedibilità quale tecnica di individuazione della regola cautelare. Anche a tacere della inutilizzabilità di un tale criterio nei più complessi settori di attività (v. *infra*, § 10); e al di là dell'incoerenza antropologica che affligge una tale metodica rispetto alle tecniche di decisione comportamentale dell'essere umano (l'imitazione e l'apprendimento), il punto centrale è che la prevedibilità, comunque la si calibri e corregga, non è in grado di garantire un'individuazione della regola cautelare conforme ai principi imposti dall'art. 25, comma 2, Cost.<sup>42</sup>. Non ne assicura infatti la determinatezza, perché la logica predittiva, per quanto rigore le si voglia conferire, non è predeterminabile<sup>43</sup>. Non ne garantisce la conoscibilità *ex ante* perché non è possibile assicurare che la *prognosi postuma* effettuata dal giudice coincida esattamente con il giudizio prognostico che il singolo avrebbe saputo operare<sup>44</sup>. Ma soprattutto non scongiora la manipolazione della tipicità penale da parte del giudice, il quale ben può trovare nella retorica predittiva una facile copertura motivazionale per conformare il giudizio di colpa alle esigenze di giustizia sostanziale di cui desidera farsi interprete.

Vero ciò, l'accresciuta sensibilità per la legalità di “tutto” il precetto colpo-

<sup>41</sup> Per una concezione della colpa penale animata da una particolare attenzione all'incidenza del principio di legalità nella ricostruzione del fatto tipico cfr. F. GIUNTA *Illiceità*, cit., p. 194 ss., 259 ss., *passim*; ID., *La normatività*, cit., p. 86 ss. spec. 89.

<sup>42</sup> Per una più approfondita argomentazione dell'asserto v. D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 623 ss.

<sup>43</sup> Così autorevolmente la nostra Corte costituzionale nell'unica ipotesi in cui è stata chiamata a valutare la legittimità di un'incriminazione colposa rispetto al principio di determinatezza: C. cost. 25 luglio 1996, n. 312, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 521 ss. con nota di V. MARINO, *La minimizzazione del rischio sui luoghi di lavoro nell'interpretazione della Corte costituzionale*. Confermano anziché smentire le perplessità concernenti l'indeterminatezza del giudizio di prevedibilità le ultime analisi svolte dalla dottrina tedesca in relazione a una tale problematica, specie ove si pretendesse di risolvere la questione alla luce delle c.d. “tabelle di Duttge”: G. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigen Erfolgsdelikten*, Tübingen, 2001, p. 421, 430 ss., *passim*. Per un'ampia critica al riguardo A. COLOMBI CIACCHI, *Fahrlässigkeit und Tatbestandesbestimmtheit*, Köln, 2006, p. 127 ss.

<sup>44</sup> Per una disamina delle insidie insite nel giudizio predittivo quale tecnica di enucleazione della regola cautelare v. D. MICHELETTI, *La colpa*, cit., p. 620 ss.



so – intendendo con tale attributo l'insieme della disposizione incriminatrice e delle sue articolazioni esterne – non lascia che due sole alternative metodologiche per la ricerca di una regola cautelare conforme ai principi dell'art. 25, comma 2, Cost. La prima è data dal riferimento alle norme comportamentali imposte dalla miglior scienza ed esperienza; la seconda attinge alle regole prasseologiche di esperienza generalmente riconosciute e condivise.

La prima soluzione ha il pregio di innalzare grandemente lo standard di tutela del bene giuridico<sup>45</sup> – sino peraltro a un livello che nemmeno il reato doloso, essendo guidato dalla logica di *extrema ratio*, riesce a raggiungere. Senonché, oltre alla disagiata determinabilità della miglior scienza ed esperienza in molti settori dell'agire umano (come quello medico) oggetto di continua ricerca e di incessante sviluppo, il rischio è che una tale impostazione ingeneri una virtualità colpevolistica dalla quale il singolo imputato, chiamato a confrontarsi con il massimo rigore comportamentale, difficilmente riuscirebbe a sottrarsi. Né, d'altro canto, l'aggiuntivo giudizio di colpevolezza consentirebbe di compensare una tale inclinazione, giacché, specie se parametrata su un ideale agente modello, essa non pare concedere all'imputato serie *chances* di salvezza<sup>46</sup>.

La seconda soluzione, assicurando tutti i caratteri che la regola cautelare deve possedere in forza della sua sottoposizione all'art. 25 Cost., si rivela, per contro, perfettamente coerente con l'anticipazione della colpa sul versante della tipicità. Ove coincida con l'uso, la regola cautelare diviene infatti agevolmente *predeterminale* da parte dell'agente, che può sopperire così alla flebilità deontologica dell'incriminazione a titolo di colpa con un pronto reperimento nel gruppo sociale delle regole comportamentali che è tenuto ad osservare<sup>47</sup>. Ma lo stesso dicasi per la percezione di *doverosità* del comportamento imposto dal diritto penale ove esso s'identifichi con le regole prasseologiche socialmente radicate, l'osservanza e la conoscenza delle quali ben può essere in effetti pretesa in qualunque appartenete al relativo gruppo sociale. Il tutto – ed è ciò che più conta – a favore di una totale immunizzazione della tipicità colposa dalla discrezionalità del giudice, il cui ruolo di semplice fruitore della regola cautelare è pienamente assicurata – così come a parole anche la Cassazione pretenderebbe<sup>48</sup> – dal riferimento ad una norma deontologica di matrice

<sup>45</sup> F. MANTOVANI, *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 305 ss.

<sup>46</sup> F. GIUNTA, *Medico*, cit., p. 880.

<sup>47</sup> Cfr. R.A. MIKUS, *Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts*, Berlin, 2002, p. 106.

<sup>48</sup> Cfr. fondamentalmente ma isolatamente Cass. pen., sez. IV, 6 giugno 2000, Fratta, in *Cass.*

sociale, là dove, per contro, la prevedibilità offre al giudice un semplice criterio di confezionamento della regola cautelare.

A scanso di equivoci, va comunque precisato che non varrebbe a escludere la colpa il rispetto di qualunque prassi localistica, per quanto consolidata; ma solo il riferimento agli usi terapeutici diffusi e consolidati in uno specifico settore (c.d. *leges artis*): radicati cioè in quella cerchia professionale a cui professionalmente appartiene l'agente, la quale ne è ad un tempo la fonte di produzione e lo strumento di applicazione<sup>49</sup>. Né v'è da temere che il riferimento alla prassi – spesso apostrofata come sciatta – rischi di abbassare intollerabilmente gli standard di tutela penale<sup>50</sup>. Proprio il contesto medico sta anzi a dimostrare il contrario: ossia il continuo tendenziale adeguamento delle prassi comportamentali alle più efficaci scoperte scientifiche, nella premessa che è la guarigione del paziente il fine perspicuo dell'attività medica. È questa cui gli operatori tendono per imperativo deontologico e interesse professionale; e sono proprio questi fattori e non già l'asfissiante minaccia della pena ad assicurare il miglioramento degli standard terapeutici, là dove la totalizzante logica predittiva rischia al contrario di alimentare forme di medicina difensiva controproducenti per la stessa salute dei pazienti.

### 11. *La crisi del giudizio predittivo nella giurisprudenza sulla colpa medica*

A fronte della predilezione per le *leges artis* come esclusiva misura oggettiva della colpa, nella giurisprudenza penale della medicina è agevole trovare conferma dei molti dubbi suscitati dall'utilizzo al giudizio predittivo quale criterio diagnostico della regola cautelare (v. *supra*, § 9). In particolare, tre sono gli atteggiamenti mostrati dalla nostra giurisprudenza nei confronti di un tale

*pen.*, 2001, p. 1217, secondo la quale «In tema di colpa, posto che il giudice non è *facitore di norme ma solo fruitore*, il giudizio di rimproverabilità di una data condotta non può essere formulato su congetture personali, su criteri soggettivi e, quindi, arbitrari, ma deve fondarsi su regole preesistenti e certe, conosciute – conoscibili – dall'agente siccome conformi a condotte generalmente adottate di prudenza, diligenza, perizia (Fattispecie di cavo del verricello di un elicottero tranciato nel corso di operazione di salvataggio nonostante fossero state adottate tutte le cautele previste dalle disposizioni regolamentari quanto a manutenzione e conservazione)».

<sup>49</sup> Letteralmente F. GIUNTA, *Medico*, cit., 880.

<sup>50</sup> Per questo ricorrente rilievo G. MARINUCCI, *Consuetudine*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 508; ID., *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 373, 380 ss. Per una replica alle usuali obiezioni della dottrina nei confronti degli usi cautelari quali esclusivi referenti della tipicità colposa v. D. MICHELETTI, *La colpa*, cit., p. 635 ss.

criterio, e in ognuno di essi si scorge una delle ragioni per cui converrebbe rinunciarvi.

a) Anzitutto, l'atteggiamento statisticamente più ricorrente nelle aule di giustizia è quello di totale disinteresse per il giudizio di prevedibilità, anche quando in discussione è proprio l'individuazione del parametro comportamentale che si contesta al medico di aver trasgredito. Sulle prime, la cosa può apparire sorprendente, visto che la colpa medica, essendo a tutt'oggi sfornita di regole prasseologiche formalizzate, dovrebbe essere il regno della prevedibilità. La sorpresa ben presto svanisce, però, ove si consideri che uno dei principali difetti di un tale criterio diagnostico è proprio quello di rivelarsi impraticabile nei settori dove il rischio da gestire è così complesso, sotto il profilo tecnico, da rendere macroscopica l'inadeguatezza della prognosi postuma. Si ha un bel dire, infatti, che il giudice dovrebbe individuare la regola cautelare collocandosi mentalmente nel momento in cui l'agente fu chiamato ad operare la sua scelta, sfruttare tutte le conoscenze nomologiche ed ontologiche di cui egli disponeva al fine di individuare la modalità comportamentale per cui avrebbe optato un ideale agente modello nel tentativo di azzerare o ridurre al minimo il rischio per il bene giuridico tutelato<sup>51</sup>. Il vero è che proprio nel caso dell'attività medica, il giudice – *rectius*: qualunque giurista – non saprebbe nemmeno come abbozzare una tale diagnosi: e quindi, non potendosi sottrarre alla propria funzione diagnostica, non gli resta che *rivolgersi a un perito*, chiedendogli né più né meno di appurare se la condotta sia diligente oppure no. Non gli chiede – si badi bene – di compiere per suo conto quello stesso giudizio predittivo che autonomamente non riesce a effettuare; bensì lo sollecita a indicare se il comportamento dell'indagato/imputato è conforme o si discosta dalle *leges artis*. Una forma di delegazione, questa, che i giudici nemmeno temono di esplicitare negli incarichi formali rivolti ai consulenti tecnici, il cui reale tenore affiora nella stessa giurisprudenza di legittimità.

Si veda, a questo proposito, Cass. pen., sez. IV, 4 febbraio 2004, Caffaz, avente ad oggetto l'operato di un medico del pronto soccorso che, accogliendo un paziente cui era stata diagnostica un'anemia acuta dal proprio medico di famiglia, anziché procedere a un'anamnesi ulteriore e più approfondita, lo indirizza direttamente al reparto di medicina generale, con la generica prescrizione "accertamenti" (priva della sottolineatura "urgenza"). Giunto in reparto in stato confusionale, i medici di turno, senza comprendere il significato dell'atto di ricovero, peraltro graficamente illeggibile, né

<sup>51</sup> Così, per tutti, G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 215-235.

adoperarsi per chiarirne le ragioni telefonando al pronto soccorso, dispongono accertamenti di routine che non vengono però svolti in quanto il giorno seguente il paziente decede per emorragia digestiva. Da qui la necessità di stabilire se sussistano nel caso di specie profili di responsabilità colposa a carico del medico di pronto soccorso ovvero di quelli del reparto. Un interrogativo, questo, per rispondere al quale, i giudici di merito neppure per un attimo sembrano avere pensato alla necessità di avvalersi del giudizio di prevedibilità onde individuare come gli ideali operatori sanitari si sarebbero dovuti comportare, limitandosi invece a nominare dei consulenti tecnici con l'incarico di indicare le regole comportamentali cui ci si deve attenere allorché un paziente giunga al pronto soccorso con una diagnosi già effettuata dal medico di famiglia. Una modalità, questa, seguita anche dai giudici d'appello, i quali, disponendo la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, chiedono ai periti di accertare – il virgolettato compare nella stessa decisione di legittimità – «*se nell'operato dei medici oggi imputati siano rilevabili elementi di imprudenza, negligenza imperizia connessi causalmente con la morte della persona offesa*» (p. 12).

Nessuna remora, dunque, da parte della giurisprudenza, a palesare una tale ricorrente prassi operativa, sulla quale peraltro non risulta che la penalistica recente abbia riflettuto a sufficienza<sup>52</sup>. Se si conviene infatti che la regola cautelare costituisce un norma integratrice della disposizione sanzionatoria, non ci si può esimere dall'interrogarsi sull'ammissibilità di una perizia finalizzata in realtà a una vera e propria ricognizione "legale", senza peraltro che siano indicati al consulente tecnico i parametri alla luce dei quali effettuare il giudizio (miglior scienza ed esperienza, prassi generalmente seguita, organizzazione interna della struttura ospedaliera?). La mancanza di un preciso referente diagnostico rischia così di generalizzare e assolutizzare l'opinione di un singolo individuo, certamente esperto di settore qual è il perito, ma pur sempre privo di alcuna legittimazione normativa.

Valga qui il riferimento a Cass. pen., sez. IV, 7 marzo 2008, Giudici, dove l'effettività della c.d. "conta dei ferri" quale regola cautelare diffusa nella prassi per scongiurare il rischio di patologie innescate da oggetti dimenticati nel ventre del paziente (v. *supra*, § 3) è stata messa in forse nel corso del giudizio dalle personali considerazioni del perito secondo cui, essendo le pezze laparotomiche in numero limitato, spetterebbe comunque al chirurgo tenerne il conto mentre opera (p. 12, § 5.2)

<sup>52</sup> Sulla centralità dello strumento peritale nella ricostruzione della colpa medica, v. comunque già A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, p. 21; N. MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 410.

b) Il secondo atteggiamento mostrato dalla giurisprudenza sulla colpa medica nei confronti della prevedibilità è di “esornativa deferenza”. Lo si avverte ogni qual volta compare sì nelle motivazioni della sentenza tutto l’armamentario classico della prevedibilità, senza però che sia chiamato a svolgere una reale funzione diagnostica della regola cautelare, la quale è anzi individuata in altro modo (consulenza peritale) e con riferimento ad altri criteri selettivi. In questi casi, dunque, la prevedibilità c’è, ma ha un valore solo retorico, quasi che la sua comparsa tradisse un atto di devozione alla tradizione dogmatica. Non v’è dunque da sorprendersi se, in queste sentenze, essa non fa danno alcuno: ciò dipende solo dal fatto che per suo tramite, lungi dall’accertarsi la regola cautelare, ci si limita a ratificare una soluzione già altrimenti acquisita.

Un esempio lampante di questo approccio è offerto dalla già citata sentenza della Cass. pen., sez. IV, 18 marzo 2007, Duce, nella quale la regola cautelare cui i medici si dovevano conformare è prima individuata in modo corretto sulla scorta del riferimento ai protocolli indicati nel «Trattato di cardiologia E. Braunwald, riconosciuto come la Bibbia dei cardiologi mondiali» (p. 4) nonché con riferimento alle «linee guida sostenute da importanti istituzioni scientifiche e da autorevoli contributi della letteratura medica internazionale» (p. 8). Successivamente la sentenza si dilunga a ribadire la validità di questa stessa conclusione alla luce del giudizio di prevedibilità condotto alla luce dell’*homo ejusdem condicionis et professionis* (p. 9). Quale sia l’utilità di un simile verifica aggiuntiva, non è difficile da comprendere: è praticamente nullo, tradendo soltanto le difficoltà degli operatori a distaccarsi dalla tradizionale impostazione psicologica.

c) Infine, residuano alcune ma significative decisioni in cui la prevedibilità continua a svolgere la propria funzione selettiva, dando così ragione delle criticità messe in evidenza dalla dottrina che propone di rinunciare per radicare la tipicità colposa esclusivamente sulle *leges artis* consolidate nell’uso. In particolare, due sono le situazioni in presenza delle quali i giudici sembrano prediligere il giudizio predittivo in luogo dell’ancoraggio alle norme prasseologiche diffuse nel settore.

c1) La prima si verifica ogni qual volta il giudice, pur chiamato a valutare la condotta di un operatore sanitario, non si trova di fronte a un rischio tecnico tale da indurlo a rivolgersi a un perito per comprenderlo (come quello derivante dalla esecuzione di un intervento chirurgico o di una valutazione diagnostica), ma s’imbatte in un rischio “atecnico”, che appartiene cioè alla vita di tutti i giorni, e sul quale pertanto lo stesso giudice ritiene di potere esprimere una valutazione autonoma per il tramite giustappunto della logica pre-

dittiva. È un po' quello che accade con la colpa penale nella circolazione stradale, dove impera la prevedibilità proprio perché nessun giudice – *rectius*: nessun partecipante al traffico – si sente sprovvisto delle conoscenze adeguate a esprimere una valutazione di colpa, ergendosi così a depositario del parametro deontologico doveroso.

Un esempio calzante di questa situazione la ritroviamo in Cass. pen., sez. IV, 7 giugno 2007, Barocci, la quale – giova precisarlo – si riferisce a un'ipotesi di omicidio colposo già coperto da prescrizione, con tutto ciò che ne consegue in merito alla sublimazione della regola cautelare (v. *supra*, § 8). Come che sia, la vicenda riguarda il suicidio per defenestrazione di una paziente affetta da disturbi mentali, che era stata ricoverata in un reparto ortofrenico (destinato cioè alla rieducazione di soggetti affetti da ritardi mentali): un reparto in cui non esistevano pertanto sbarre alle finestre tali da ostacolare il proposito della vittima. Da qui, la verosimile conclusione che una valutazione della tipicità colposa incentrata sugli usi cautelari avrebbe finito per indirizzare l'addebito – così come peraltro sollecitato dalla difesa negli atti di impugnazione – sui vertici amministrativi della struttura ospedaliera che non avevano approntato le consuete misure cautelari volte a contenere il rischio di defestrazione (sbarramento delle finestre), ovvero – ma è la stessa regola cautelare violata in altro modo – che avevano accettato il ricovero di una paziente affetta da patologie psichiatriche autolesionistiche in una struttura inidonea ad accoglierla. Ed invece, i giudici di primo grado (con il conforto di quelli d'appello e il *non liquet* della Cassazione ex art. 129, comma 2, c.p.p.), mostrando «particolare attenzione alla prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso verificatosi [...] nonché alla esigibilità [...] di una condotta atta a prevenirlo», condannano le addette alle pulizie che avevano lasciato aperta la finestra, in concorso con l'infermiera generica che aveva omissso di vigilare e con la responsabile del reparto che, custodendo le chiavi delle finestre, non le aveva messe a disposizione.

È questo un esempio chiarissimo delle differenze insiste nei due modelli ricostruttivi della tipicità colposa. Quella fondata sugli usi cautelari, s'interroga sul tipo di rischio che si è concretizzato nell'evento prefiggendosi poi di individuare se *in societatum natura* sono diffusi modelli comportamentali atti a contenerlo, l'osservanza dei quali si poteva pretendere dall'imputato. Il giudizio di prevedibilità punta invece diritto ai soggetti che hanno posto in essere le concause dell'evento, non diversamente da quanto accadeva in passato allorché la tipicità era ricostruita in termini puramente eziologici.

c2) La seconda ipotesi in cui, nella giurisprudenza, ci si affida alla prevedibilità per delimitare la tipicità colposa, si dà nei in cui un tale criterio diagnostico viene sfruttato per anticipare l'esistenza e la doverosità di una regola comportamentale che, in realtà, si è consolidata solo dopo il *tempus commissi*

*delicti*. È un po' quello che sarebbe accaduto, secondo i critici, nella vicenda del petrolchimico di Porto Marghera, dove il ricorso al giudizio predittivo ha consentito di chiamare a rispondere, per colpa, i soggetti che avevano esposto le vittime a sostanze considerate generalmente nocive nel momento del fatto ed i cui effetti letali furono scoperti solo in seguito<sup>53</sup>. Ecco: un'analogia forma di anticipazione della regola cautelare per mano della prevedibilità ben si può verificare anche nel diritto penale della medicina: e questo perché il giudizio predittivo, in luogo del fermo riferimento alle *leges artis*, consente di sfruttare sin da subito gli embrionali segnali di rischio – secondo gli schemi del principio di precauzione<sup>54</sup> – al fine di imporre un modello terapeutico e diagnostico la cui doverosità si è affermata, in realtà, solo in seguito tra gli operatori.

Il ragionamento può apparire oscuro, ma risulterà estremamente nitido alla luce del caso affrontato da Cass. 28 ottobre 2004, Ardizzone. La vicenda giudiziaria ha origine con l'insorgenza di una patologia renale cronica (nefropatia tubolo interstiziale) in un paziente che aveva assunto un farmaco (l'Asacol) a base di mesalazina, dotato di effetti collaterali sull'apparato renale, al fine di curare un'altra patologia (rettocolite ulcerosa). Da qui l'avvio di un procedimento per lesioni colpose a carico di tre medici del Servizio di gastroenterologia ed endoscopia digestiva, che avevano avuto in cura il paziente in successione tra loro, senza prescrivere – così specifica il capo d'imputazione – «i *dovuti e periodici* esami ematochimici diretti a verificare la funzionalità renale del paziente» (p. 3). Disposta la perizia dal giudice di primo grado, tutti gli imputati vengono assolti, giacché ad una verifica delle prassi terapeutiche in uso per la gestione dei pazienti trattati con Asacol, emerge che negli anni in cui avvenne il trattamento (1996-1997), la conoscenza degli effetti nefrotossici della mesalazina «non era ancora patrimonio comune, specie tra i medici gastroenterologi» (p. 4). «Soltanto nel 2000 – continuano i giudici sulla scorta della perizia – avevano cominciato a diffondersi tra i nefrologi, ed anche tra i gastroenterologi, sufficienti e complete segnalazioni in ordine ad una tossicità del farmaco [...]: prima del 2000 anche nella letteratura scientifica vi erano state sporadiche informazioni comunque pubblicate su riviste minori [...] peraltro anche contrastate da altre di segno contrario» (p. 5). Né varrebbe amplificare la valenza del c.d. bugiardino, il quale non indicava la necessità di sottoporre il paziente a controlli periodici, ma prescriveva solo l'uso con cautela del farmaco nei pazienti che già fossero afflitti da una sofferenza renale o epatica. Non v'era dunque traccia, neppure nella «Guida all'uso dei farmaci» curata dalla Direzione generale del ministero

<sup>53</sup> Così D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir pen. proc.*, 2008, p. 647 ss.

<sup>54</sup> In argomento, per tutti, G. FORTI, «Accesso» alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, p. 155 ss.; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 227 ss.

della sanità, di quella “doverosa” prescrizione di controlli ematochimici che avrebbe saputo riconoscere l’insorgenza della patologia renale e che solo in seguito trovò riscontro in talune linee guida in ambito gastroenterologo. Prova ne sia che, all’epoca dei fatti, nemmeno gli stessi specialisti nefrologi dell’ospedale che avevano avuto in cura il paziente nello stesso periodo, pur riconoscendo l’esistenza di una sofferenza renale, ritennero di sospendere l’assunzione della mesalazina.

In sede di appello e in cassazione, l’assoluzione viene tuttavia parzialmente ribaltata, prima per due medici e poi solo per quello (il secondo) che visitò due volte il paziente nella fase centrale della somministrazione. «Per quel che concerne la *prevedibilità dell’evento* – puntualizzano i giudici, mettendo così subito in risalto la differente prospettiva diagnostica – non [si] potevano ignorare gli effetti nefrotossici dell’Asacol», vuoi perché «il farmaco in questione apparteneva alla famiglia dei salicilati, di cui era nota la *possibile* nefrotossicità» (esempio di classica dilatazione *ex post* della base nomologica del giudizio predittivo) vuoi perché «il foglietto illustrativo raccomandava speciali precauzioni d’uso nei confronti dei pazienti con danno renale» (p. 6). Di qui – conclude la Corte cassazione, sottolineando poco prima che il «giudice resta pur sempre *“peritus peritorum”*»<sup>55</sup> – «la *possibilità* [...] di rendersi conto della cattiva funzionalità renale» (p. 11): una possibilità che si trasforma in piena *doverosità* ove si consideri che «la semplice avvertenza (esistente nel foglio illustrativo di quegli anni) di un uso cauto del farmaco nei pazienti con danno renale ed epatico, con l’indicazione espressa di *evitarne l’impiego nel caso di soggetto con conclamata insufficienza renale* [...] imponeva uno specifico e preventivo (oltre che periodico) controllo di detta funzionalità».

Non v’è nulla da aggiungere: i due modelli di colpa, l’uno autenticamente normativo l’altro incentrato sulla prevedibilità, sono perfettamente confrontabili nelle motivazioni offerte dai due giudici di merito rispetto a un medesimo caso concreto. E il resoconto che ne ha fatto la sentenza della Cassazione è così fedele da far tralucere con chiarezza anche la diversa matrice *politica* delle due concezioni. Invero, quella basata sugli usi cautelari (in questo caso terapeutici) non ritiene responsabile il singolo solo per avere omesso ciò che era *possibile fare*, ma esige che la responsabilità colposa muova dalla violazione di un modello comportamentale *doveroso* in tanto in quanto osservato dagli altri consociati, e del quale pertanto si può pretendere la conoscenza da parte di

<sup>55</sup> Sulla profonda ipocrisia di questo principio che induce il giudice, in un primo tempo, a riconoscersi tecnicamente incompetente, tanto da ricorrere allo strumento peritale, per poi ergersi, in un secondo tempo, a valutatore della perizia, sulla scorta di una (ritrovata?) migliore competenza, v. – anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche – L. MASERA, *Il giudice penale di fronte a questioni tecnicamente complesse: spunti di riflessione sul principio dello iudex peritus peritorum*, in *Corr. merito*, 2007, p. 348 ss.



qualunque appartenente al gruppo sociale. La prevedibilità impone invece al singolo, sotto la minaccia della pena, di migliorare il comportamento della generalità, trasformando sin da subito ciò che è possibile prevedere in un obbligo penalmente sanzionato, anche quando una tale vincolatività non trova riscontro nell'opinione e nella conseguente condotta dei consociati. In breve, ed icasticamente, la prima impostazione fa della società la misura del giudizio di responsabilità personale. La seconda impostazione strumentalizza il singolo in funzione del subitaneo progresso della società.

## 12. La colpa specifica del medico: un'ipotesi in via di espansione

Nonostante l'assenza di un'organica disciplina positiva dell'attività medica, non è raro imbattersi in sentenze della Cassazione dalle quali emerge, esplicitamente o meno, la configurazione di una "colpa specifica" a carico del medico. Il riferimento non è certo alle non poche decisioni in cui tale espressione viene impiegata in modo autentico, ossia per indicare il "puntuale" addebito formulato dall'accusa<sup>56</sup>. Né si vuole alludere alle sentenze in cui solo impropriamente si ricorre alla figura della colpa specifica per indicare in realtà la violazione di una prescrizione priva di fine cautelare<sup>57</sup>. Ci si riferisce piuttosto alle decisioni in cui la responsabilità colposa è supportata dalla violazione di un'autentica regola cautelare "formalizzata", così come previsto dall'art. 43 c.p.

a) Tre in particolare sono i tipi di regole cautelari formalizzate che hanno trovato riscontro in giurisprudenza: e tra di esse non v'è dubbio che siano le c.d. «linee guida» quelle più significative per rilevanza pratica e frequenza giurisprudenziale.

Con il termine *guidelines* s'intendono, come noto, i protocolli operativi redatti da autorevoli fonti scientifiche – non di rado comitati costituiti *ad hoc* – volti ad agevolare le decisioni del medico indirizzandolo verso l'adozione della procedura diagnostica e terapeutica ritenuta più efficace alla luce delle conoscenze tecnico-scientifiche del momento<sup>58</sup>. Di conserva, tali fonti perseguo-

<sup>56</sup> V. per esempio Cass. pen., sez. IV, 3 novembre 2004, Rattizzi, ove l'espressione "colpa specifica" tiene il luogo di colpa *specificatamente* contestata (p. 6).

<sup>57</sup> Si veda, per esempio, Cass. pen., sez. IV, 14 marzo 2007, Pagano, che riscontra una "colpa specifica" nel non avere debitamente informato la paziente della natura dell'intervento cui sarebbe stata sottoposta (p. 3). Per una critica di un tale inquadramento, a motivo del fatto che la regola del consenso informato è priva di finalità cautelari, v. *infra* sub *b* nel testo.

<sup>58</sup> Cfr. M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 891 ss.

no anche scopi di carattere economico e di natura legale: sia perché si prefiggono un risparmio della spesa sanitaria evitando che il medico dubbioso o “difensivista” disponga diagnosi e terapie superflue o non indispensabili; sia perché la formalizzazione e il successivo rispetto della “buona pratica clinica” finisce fatalmente per scoraggiare l’instaurazione di processi a carico del medico che vi si sia conformato<sup>59</sup>. Per tutte queste ragioni, la prassi delle linee guida, già diffusa negli Stati anglosassoni, non ha faticato a farsi strada anche in altri paesi europei<sup>60</sup>, offrendo peraltro buona prova di sé nelle aule di giustizia, ove se non altro ha rappresentato un fattore di migliore pre-determinabilità del comportamento doveroso.

Si veda a questo proposito – oltre al caso affrontato dalla già citata decisione della Cass. pen., sez. IV, 18 marzo 2007, Duce – quanto si è verificato con la sentenza della Cass. pen., sez. IV, 8 giugno 2006, Cardillo, la quale ha ribaltato una decisione di condanna pronunciata dal giudice di merito, proprio in ragione della assoluta conformità dell’attività medica prestata dagli imputati rispetto alle *linee guida per la gestione dei trauma cranici* edite dalla Società italiana di neurochirurgia. In particolare, si trattava di valutare la liceità della omessa prescrizione di una TAC a beneficio di un paziente implicato in un incidente stradale nel giorno di Natale del 1998 e deceduto dopo tre giorni a causa di un ematoma subdurale. Il fatto è che la vittima, essendo giunta al pronto soccorso senza perdita di coscienza, né amnesie, cefalea diffusa o vomito, presentava tutti i parametri indicati dalle suddette linee guida per descrivere la “categoria zero”, ossia quella dei pazienti affetti da un trauma cranico *minore*. Da qui la scelta dei medici di disporre una semplice radiografia al cranio, in luogo della TAC: una scelta questa che la Cassazione – rovesciando l’opinione dei giudici d’appello – ha considerato corretta proprio sulla scorta del contenuto delle linee guida, caratterizzate sì da un valore non vincolante, e nondimeno sintomatiche di quelle leggi dell’arte medica alle quali tanto gli operatori quanto il giudice penale non possono che riferirsi per individuare il comportamento diligente.

Come si può ben notare anche da questa decisione, non paiono sussistere controindicazioni di sorta all’utilizzo dei protocolli terapeutici formalizzati quale parametro di riferimento della tipicità colposa. L’importante è che si considerino tali – al di là delle non omogenee espressioni utilizzate – solo

<sup>59</sup> Sulla polivalenza funzionalistica delle linee guida v., nella letteratura penalistica, P. VENIZIANI, *I delitti*, cit., p. 175 ss.; A.M. BONANNO, *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 441 ss.

<sup>60</sup> Cfr. relativamente all’ordinamento francese O. SMALLWOOD, *La normalisation des règles de l’art médical: une nouvelle source de responsabilité pour les professionnels de santé?*, in *Medicine & Droit*, 2006, p. 121 ss.

prescrizioni comportamenti caratterizzate da tutte le qualità che devono possedere le autentiche regole cautelari (v. *supra*, § 3 ss.). Per il resto, ancorché carente di efficacia *erga omnes*, la positivizzazione dei più accreditati protocolli terapeutici non può che essere valutata in modo positivo, vuoi perché ne rafforza la conoscenza tra gli operatori, vuoi perché semplifica la ricognizione giudiziale del modello cautelare doveroso, contenendo la residuale tendenza ad affidarsi alla prevedibilità quale criterio di definizione della tipicità colposa. Né varrebbe osservare che soprattutto nel nostro paese, ove l'approntamento delle linee guida è quasi sempre promosso dalle leggi finanziarie<sup>61</sup>, una tale formalizzazione tende in prevalenza a razionalizzare la spesa sanitaria, entrando così in tensione con il principio della massima tutela possibile della salute individuale. Esiziale sarebbe cedere all'ipocrisia in questa materia: il vero è infatti che un bilanciamento costi-benefici nel campo della sanità, là dove non sia perseguita da protocolli standard, finisce comunque per imporsi sugli operatori anche in ragione di tacite raccomandazioni degli organi amministrativi. Molto meglio dunque che esso trovi riscontro in una palese e generale disciplina positiva, la quale avrebbe se non altro il pregio di esonerare il singolo medico da un delicatissimo contemperamento tra esigenze contrapposte: un contemperamento peraltro che, essendo ritenuto sindacabile dalla recente giurisprudenza di legittimità<sup>62</sup>, lo esporrebbe fatalmente a una forma di responsabilità colposa.

b) Un secondo tipo di regole formalizzate, sulla scorta delle quali la giurisprudenza tende a configurare una colpa specifica del medico, sono quelle tratte dalla disciplina deontologica<sup>63</sup>. La posizione trova peraltro riscontro

<sup>61</sup> A partire dalla metà degli anni '90 sembra non esservi legge finanziaria che non si prefiga di favorire l'enunciazione di linee guida nel campo medico (v. art. 1, comma 28 l. 662/1996; art. 32, comma 9, l. 449/1997, eccetera); sino alla messa a punto del *Programma nazionale per le Linee Guida* con il Piano sanitario nazionale 1998-2000.

<sup>62</sup> V. in questo senso Cass. pen., sez. IV, 7 aprile, 2004, Ardivino, ove si legge, a proposito della scelta di mantenere la costosa ospedalizzazione ovvero di optare per la dimissione del paziente: «È del tutto ovvio che quando una patologia può essere adeguatamente trattata presso l'abitazione del paziente la continuazione dell'ospedalizzazione non solo ha carattere di antieconomicità ma è addirittura inutile o dannosa. Se invece la terapia può essere più utilmente praticata in ambiente ospedaliero la soluzione è di meno facile soluzione; in questi casi va operato un *bilanciamento tra la tutela del malato e l'interesse pubblico* a non protrarre i ricoveri oltre un certo limite. E il contemperamento può essere trovato in un *rapporto costi benefici* che prenda però in adeguata considerazione la gravità della malattia e il pericolo per la salute del paziente che devono, per ovvie ragioni, essere privilegiati» (p. 10 s.).

<sup>63</sup> Si fanno risalire i primi segnali di una tale tendenza giurisprudenziale ad alcune pronun-

nella dottrina, la quale, sia pure con talune precisazioni, si dichiara favorevole a delimitare la tipicità colposa in forza del riferimento alle norme del Codice di deontologia medica<sup>64</sup>. Una soluzione questa rispetto alla quale non si rinvencono, a ben riflettere, controindicazioni dogmatiche, e che nondimeno si espone a un brusco ridimensionamento pratico, *sino a svanire del tutto*, là dove si passi ad analizzare la reale consistenza delle norme deontologiche, con particolare riferimento alla distanza che le separa dalle qualità richieste alle autentiche norme cautelari.

In particolare, due sono le caratteristiche della norme deontologiche che le rendono sostanzialmente inutilizzabili come regole cautelari: la prima è data dalla frequente assenza in esse di un'autentica finalità preventiva rispetto alla tutela dell'integrità fisica; la seconda discende dal loro peculiare contenuto, che è prevalentemente finalistico anziché modale.

Quanto al primo aspetto, si considerino le decisioni in cui la colpa specifica del medico è riscontrata nel non avere debitamente informato il paziente sui caratteri della patologia o della terapia effettuata (v. ad esempio Cass. pen., sez. IV, 14 marzo 2007, Pagano). Ebbene, ancorché espressamente previsto da diverse norme deontologiche (v. per tutti l'art. 33 del Codice di deontologia medica del 2006), il dovere di informazione del medico non è finalizzato a preservare la vita e l'integrità fisica dell'individuo, essendo invece strumentale al libero esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica del paziente: con la conseguenza che nessun evento lesivo dell'integrità fisica potrà considerarsi realmente *causato* – così come richiede l'art. 43 c.p. – dalla violazione del dovere di informazione<sup>65</sup>. Particolarmente istruttiva a questo riguardo è la decisione adottata in Cass. pen., sez. IV, 21 gennaio 2003, De Paula, concernente l'operato di un ginecologo che, avendo in cura una paziente affetta da tumore all'utero, dopo una prima fase di trattamento positivo con radioterapia, accorgen-

ce di merito della fine degli anni '90: cfr. G. IADECOLA, *Il valore «dell'opinione» dell'ordine professionale e delle società scientifiche nel contenzioso penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 12.

<sup>64</sup> Cfr. G. IADECOLA, *Il valore*, cit., p. 13; P. VENEZIANI, *I delitti*, cit., 190 s., nonché più di recente F. ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, p. 279.

<sup>65</sup> Non fa eccezione a questo principio Cass. pen., sez. IV, 4 luglio 2005, Da Re, in cui si contestava a un medico di base di non avere sufficientemente insistito nel sollecitare il paziente affetto da forti dolori al petto, ed al quale il medico aveva diagnosticato un potenziale infarto, di recarsi al pronto soccorso. Nella fattispecie concreta infatti – peraltro conclusasi con la piena assoluzione dell'imputato dall'addebito di omicidio colposo nei confronti del paziente poi deceduto per infarto – non era in discussione l'osservanza della norma deontologica che prescrive l'obbligo di informazione, quanto il contenuto di un tale obbligo, che non può comunque spingersi – secondo il condivisibile avviso della Suprema Corte – sino «un'azione impositiva contro la volontà della persona ammalata» (p. 8).

dosi della ripresa della malattia, decide di continuare a seguire la paziente senza informare lei o i suoi familiari della recidiva tumorale, che in mancanza di ulteriori cure conduce a morte la paziente. Da qui dunque la condanna pronunciata dal giudice di merito nei confronti del medico “silente”; condanna che viene tuttavia annullata dalla corte di Cassazione per mancanza di prove circa la sussistenza del nesso causale tra la condotta omissiva e il decesso della paziente. Un rilievo questo di per sé non scorretto: anzi, sacrosanto, e nondimeno riduttivo, nella misura in cui trascura che il riscontrato difetto di causalità non riguarda solo il caso di specie, ma qualunque ipotesi in cui si volesse contestare la violazione dell’obbligo di informazione. E questo perché – giova ribadirlo ancora – un tale obbligo deontologico, non essendo caratterizzato da finalità cautelari, *mai potrà assumere alcuna incidenza eziologia sulla morte del paziente*. Tutt’al più, l’evento infausto sarebbe da attribuire alla mancanza di terapia eventualmente favorita dall’ignoranza del paziente: la qual cosa starebbe però ulteriormente a dimostrare che l’autentica regola cautelare si annida nell’eventuale carenza della terapia e non già in un difetto di comunicazione<sup>66</sup>.

Con riferimento al contenuto finalistico anziché modale delle regole deontologiche non si rinviengono invece esempi giurisprudenziali da proporre, non essendo state fortunatamente pronunciate, a quanto ci risulta, sentenze della Cassazione incentrate in modo esclusivo sulla loro violazione<sup>67</sup>. È la dottrina, tuttavia, a lasciare aperta una tale possibilità, indicando a titolo esemplificativo alcune norme deontologiche la cui trasgressione sarebbe in grado di fondare una colpa specifica del medico<sup>68</sup>. A ben riflettere, però, nessuno degli esempi prospettati riesce a convincere del tutto, proprio perché nessuna delle norme indicate pare dotata di quel contenuto modale anziché finalistico che è una delle qualità imprescindibili delle regole cautelari (v. *supra*, § 4). Si consideri, fra gli esempi usualmente prospettati in tal senso, il precetto che impone al medico di ricorrere solo a «prescrizioni e trattamenti [...] ispirati ad ag-

<sup>66</sup> Ovviamente, completamente diversa è la situazione in cui una negligenza informativa o nella fase di acquisizione del consenso induca il medico a tenere una condotta in realtà non giustificata: in tal caso infatti ben potrebbe configurarsi una responsabilità colposa, ma secondo gli schemi affatto particolari dell’art. 59, comma 4, c.p.: in argomento da ultimo F. VIGANÒ, *Problemi*, cit., p. 973 s.

<sup>67</sup> In prevalenza, infatti, l’esistenza di una violazione deontologica viene evocata dalla giurisprudenza al fine di rafforzare un addebito di colpa c.d. generica, derivante cioè dalla violazione di una regola cautelare di cui s’intende per l’appunto evidenziare la vincolatività sostenendo che la sua osservanza rientra nell’ambito degli «obblighi deontologici del medico»: così, ad esempio Cass. pen., sez. IV, 7 aprile, 2004, Ardivino, p. 15; Cass. pen., sez. IV, 18 maggio 2005, Orestano, p. 6; Cass. pen., sez. IV, 21 giugno 2007, Martinelli, p. 3.

<sup>68</sup> Cfr. P. VENEZIANI, *I delitti*, cit., 190 s.; F. ANGIONI, *Il nuovo codice*, cit., p. 279.

giornate e sperimentate acquisizione scientifiche»; ovvero di adeguare le proprie «decisioni ai dati scientifici accreditati o alle evidenze metodologicamente fondate» (art. 13 Codice di deontologia). Ebbene, benché si ritenga spesso il contrario, queste formulazioni non possono tecnicamente assumere la funzione di regola cautelare, difettando in esse la precisa indicazione del comportamento terapeutico che il medico avrebbe dovuto adottare per evitare l'evento infausto. Con il che non s'intende dire che esse non prescrivano comportamenti tipici del medico in senso lato diligente. Occorre però tornare a sottolineare che una responsabilità penale a titolo di colpa medica, lungi dal sostenere un generico addebito professionale, esige l'esatta indicazione (da parte dell'accusa nella richiesta di rinvio a giudizio) della prassi terapeutica che avrebbe salvato il paziente e l'omissione della quale è stata determinata dal mancato aggiornamento del medico (v. *supra*, § 6). È questa, e solo questa, la regola cautelare su cui può fondarsi la tipicità colposa, non già l'atteggiamento interiore che ne ha determinato la violazione (svogliatezza nello studio, superficialità della preparazione, ecc.). È assolutamente fondamentale ribadire qui un tale aspetto, onde scongiurare il rischio che il piano riferimento alle norme deontologiche (ad esempio: al dovere di aggiornamento) in luogo della ricerca delle autentiche regole cautelari (ossia le prassi terapeutiche disattese) ingeneri deprecabili forme di "moralizzazione della colpa penale"<sup>69</sup>, in quanto tali fomenti di "scorciatoie imputative" – vere e proprie presunzioni di colpa – dalle quali sarebbe impossibile per il medico liberarsi.

c) Un'indubbia valenza cautelare hanno invece talune regole tecniche la cui doverosa applicazione s'impone agli operatori sanitari in ragione della loro efficacia *erga omnes* ovvero in virtù della volontà di conformarvisi. Il riferimento va, quanto meno, alle norme concernenti la sicurezza dei macchinari sanitari nonché alle discipline tecnico-procedurali, come quelle ISO, alle quali talune cliniche private liberamente si assoggettano onde migliorare le proprie prestazioni e accreditarsi così presso la clientela o gli interlocutori pubblici.

Non mancano peraltro le applicazioni giurisprudenziali di un tale fenomeno. Si veda al riguardo Cass. pen., sez. IV, 5 dicembre 2007, Spinosa, avente ad oggetto una vicenda, se possibile ancora più toccante delle consuete tragedie purtroppo affrontate dalla giurisprudenza penale della medicina. Il caso riguarda infatti un neonato prematuro deceduto a causa delle ustioni e della ipertermia provocate dal malfunzionamento della

<sup>69</sup> Per un tentativo, non condiviso nel testo, di appiattare la colpa penale sul giudizio "comune di colpa", v. U. PIOLETTI, *Contributo allo studio del delitto colposo*, Padova, 1990, *passim*.

incubatrice in cui era stato collocato. Un macchinario vetusto – come accertò la perizia ingegneristica – e non sottoposto da alcuni anni ad interventi manutentivi, a dispetto della necessità di un controllo semestrale raccomandato dalla casa produttrice. Ciò che più rileva, ai nostri fini, è però la discordanza dell'apparecchio rispetto alla normativa CEI, che aveva ridotto da cinquanta a quaranta gradi il livello della temperatura massima di sicurezza raggiungibile dalle incubatrici. Irregolarità tecnica, questa, già peraltro segnalata in occasione di una visita ispettiva dell'ASL effettuata nel 1996, che è stata riconosciuta dai giudici come la causa principale dell'evento infausto. Da qui la condanna del Direttore generale dell'Azienda ospedaliera, che aveva deciso di modificare il sistema di controllo dell'incubatrice, passando dalla manutenzione periodica a quella a chiamata, onde contenere le spese, in concorso con il Direttore sanitario, che aveva dato parere favorevole e firmato la delibera, e del Primario di pediatria che aveva consentito l'utilizzo nel proprio reparto di un apparecchio non a norma. Il tutto fondandosi sull'indiscutibile pertinenza di una regola cautelare formalizzata atta a prevenire proprio il tipo di rischio che si è tragicamente concretizzato nella morte del neonato.

### 13. *L'evento tipico delineato dal c.d. nesso di rischio*

La logica normativa, se fatica ancora a modellare la ricostruzione processuale della tipicità colposa (v. *supra*, § 2), esprime invece compiutamente tutte le proprie potenzialità selettive nella giurisprudenza che si occupa di verificare l'imputazione dell'evento colposo<sup>70</sup>. Al punto che non sembra esservi criterio diagnostico elaborato a questi fini dalla dottrina, che non trovi riscontro nella prassi, seppure talvolta in modo aggrovigliato sino a confondersi il nesso di rischio con la causalità della colpa e questa con la causalità *tout court*. Al di là delle imprecisioni, resta comunque la commendevole propensione della giurisprudenza a utilizzare ogni selettivo criterio d'imputazione dell'evento: persino quelli più sottili e sofisticati, che non di rado entrano in tensione con le istanze rivendicative dei pazienti poco propensi a "scontare" le negligenze dei propri medici.

Fra questi criteri, senza dubbio uno dei più difficili da accettare spontaneamente fra i non giuristi è quello del c.d. "nesso di rischio". Un criterio che, pur postulando l'esistenza di una violazione cautelare, tiene indenne il soggetto da responsabilità colposa ogni qual volta l'evento verificatosi non è annoverabile tra quelli che la regola cautelare trasgredita intendeva prevenire<sup>71</sup>. Si

<sup>70</sup> Una fase, quella dell'imputazione, che riguarda beninteso anche il reato colposo di mera condotta: *ex plurimis* G. FORTI, *Colpa (dir. pen.)*, cit., p. 955 ss.

<sup>71</sup> Fondamentalmente G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., p. 112 ss.

pensi, fra gli esempi di scuola più ricorrenti, all'autista che, sfrecciando in autostrada a una velocità superiore al limite consentito, investe uno spericolato passante avventatamente risoltosi ad attraversare la carreggiata. Ebbene, quand'anche l'investimento sarebbe stato evitato da una condotta diligente, e quand'anche il passante avesse fatto affidamento sulla regolare andatura delle auto nel calcolare i tempi di attraversamento, lo specifico evento verificatosi non può essere addebitato all'autista, nella misura in cui si ritenga che il limite di velocità sulle autostrade si prefigge di contenere il rischio ordinario di incidenti stradali e non già di preservare l'incolumità dei pedoni temerari. L'obiettivo del nesso di rischio è dunque quello di contenere la logica del *versarsi in re illicita*, esigendo di considerare tipico e quindi punibile, non già la realizzazione di un evento purchessia scaturito dalla condotta negligente, ma solo l'estrinsecazione storica del preciso tipo di rischio che la regola cautelare intendeva prevenire. È in questo senso, quindi, che si riconosce anche all'evento un ruolo tipizzante<sup>72</sup>.

Come si è già segnalato, malgrado la sua sottigliezza, un tale criterio diagnostico non ha mancato di trovare applicazione nella recente giurisprudenza penale della medicina. Si veda a questo proposito Cass. pen., sez. IV, 18 marzo 2004, Fatuzzo, scaturita dal ricorso presentato dagli imputati nei confronti di una decisione di merito che li aveva riconosciuti colpevoli del reato di lesioni colpose ai danni di una neonata durante il parto. La lesione – così ritenne la Corte d'appello – era stata determinata da una distocia fetale di spalla, che si sarebbe dovuta gestire con una specifica manovra dell'arte medica (rotazione di 180 gradi del corpo del neonato con disimpegno della spalla abbassando la scapola) in realtà disattesa dagli imputati (p. 3). Una ricostruzione della regola cautelare, questa, pienamente accolta anche dalla Cassazione, la quale ritiene nondimeno di dover cassare la decisione proprio perché carente sotto il profilo della dimostrazione del nesso di rischio. Vero è infatti – osservano i giudici di legittimità – che «i ricorrenti non hanno seguito le regole che l'arte medica impone» (p. 5): e tuttavia dalle perizie esistenti agli atti sembrerebbe che la regola cautelare disattesa sia volta a prevenire la *morte* per asfissia del neonato e non già le lesioni – ossia l'evento in concreto verificatosi – dato che tali lesioni ben si possono determinare anche in forza della corretta effettuazione della manovra omessa (p. 6). Da qui l'annullamento della sentenza di condanna, con rinvio ad altro giudice di merito incaricato di verificare quale sia, con precisione, lo spettro preventivo della regola cautelare disattesa, nonché in secondo luogo di appurare se, in una tale area di rischio tipico, rientri o meno anche lo specifico tipo di lesione riportata nel caso di specie dalla neonata.

<sup>72</sup> Per tutti G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 356 ss.



#### 14. *Il comportamento del paziente quale causa di esclusione della tipicità colposa*

Fra le più significative linee di tendenza della recente giurisprudenza sulla colpa medica, va segnalata la crescente attenzione dei giudici per il comportamento del paziente, con particolare riferimento alla sua incidenza sulla cura della patologia ovvero sulla determinazione dell'evento infausto. Non sempre – beninteso – un tale tipo d'indagine modifica l'esito del giudizio a carico del medico, o tanto meno ne ostacola il riconoscimento di responsabilità. Resta comunque significativo il fatto che spesso il giudizio penale riguardante l'attività del sanitario finisce per coinvolgere nell'esame anche la condotta del paziente.

Quest'ultimo, del resto, in una visione non più paternalistica dell'attività medica, è chiamato ad assumere un ruolo vieppiù attivo, tanto nella fase diagnostica quanto in quella terapeutica: un ruolo che va ben oltre la semplice manifestazione del consenso, spingendosi sino a forme di compartecipazione vera e propria (ad esempio attraverso la puntuale esposizione dei sintomi, la diligente assunzione dei farmaci, l'astensione delle condotte che possono compromettere il buon esito della terapia). A tal punto che, ove sia vigile e capace di autodeterminarsi, lo stesso paziente ben può essere considerato un membro dell'equipe. Con la conseguenza che nulla impedirebbe di attribuire l'eventuale esito infausto, non già a uno dei componenti in camice dei membri dello staff, bensì al "primo" tra i fautori dell'attività medico-terapeutica. Si configurerebbe così un'autentica "colpa medica ai propri danni", che solo la coincidenza tra soggetto passivo ed attivo del reato contro la persona impedisce di perseguire.

L'esempio più classico a questo proposito è quello di resistenza del paziente alle prescrizioni terapeutiche: resistenza, che si può manifestare tramite un vero e proprio rifiuto a sottoporsi al trattamento, ovvero in una refrattarietà alle sollecitazioni terapeutiche. Quanto alla prima alternativa si veda per esempio Cass. pen., sez. IV, 29 settembre 2005, Sciortino, che ha assolto i medici di chirurgia vascolare intempestivamente intervenuti nell'amputazione di un arto a causa dell'opposizione manifestata dal paziente, che si era potuta superare – quando lo stato settico era però giunto a uno stadio troppo avanzato – solo dopo il soccorso persuasivo di parenti, amici e un sostituto procuratore. Circa il secondo caso, si riveda invece la già citata sentenza Cass. pen., sez. IV, 4 luglio 2005, Da Re, con cui è stato assolto il medico di famiglia che, avendo diagnosticato un forte infarto a un proprio assistito, non era riuscito a convincerlo della necessità di recarsi immediatamente al pronto soccorso; da qui il successivo decesso della vittima, avvenuto presso la propria abitazione, dove era giunta tardivamente l'autoambulanza, peraltro richiesta dallo stesso medico di famiglia nel frattempo accolto.

Che incidenza ha, però, sotto il profilo tecnico-giuridico, il comportamento del paziente sul giudizio di responsabilità degli operatori sanitari? Stabilirlo in modo incontrovertibile non è agevole, vuoi perché non è pacifico il fondamento giustificativo dell'attività medica e il ruolo assunto, sotto questo profilo, della volontà del paziente<sup>73</sup>; vuoi perché non è chiaro quale sia il frammento strutturale della colpa penale su cui eventualmente interagisce la negligenza del soggetto passivo<sup>74</sup>.

Stando all'opinione maggioritaria, però, ben si può ritenere che il *rifiuto del paziente* è in grado di ridurre sino a escludere la posizione di garanzia del medico: il quale, pertanto, sarà chiamato a rispondere penalmente, non già ove si astenga, bensì se interveniente in senso difforme dalla volontà del malato<sup>75</sup>. Quanto invece alla *rilevanza della negligenza della vittima* sul giudizio di responsabilità colposa, la giurisprudenza tende a riconoscervi un oscuro effetto interruttivo della causalità. In particolare, nella giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro e della circolazione stradale, una tale verifica è condotta alla luce dell'art. 41, comma 2 c.p., così da discutersi se la condotta della vittima sia da considerare o meno una causa da sola sufficiente a determinare l'evento<sup>76</sup>. Nella giurisprudenza penale della medicina ci si affida invece alla logica diagnostica messa a punto dalla nota sentenza Franzese onde appurare se, tra tutti i decorsi eziologici ipotizzabili, l'evento infausto sia da imputare all'agire del medico ovvero alla negligenza della vittima<sup>77</sup>.

Senonché, fra i vari meriti della concezione normativa della colpa, v'è anche quello di riuscire meglio a spiegare quest'ultimo aspetto tecnico. Invero, la negligenza della vittima, lungi dall'atteggiarsi come concausa da sola suffi-

<sup>73</sup> V. comunque da ultimo Cass. pen., S.U., 21 gennaio 2009, n. 2437, Giulini, in *www.cortedicassazione.it*.

<sup>74</sup> In argomento O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, p. 471-476, *passim*, la quale si dimostra comunque refrattaria a riconoscere all'azione della vittima un effetto interruttivo della responsabilità colposa altrui. Per contro, nella dogmatica straniera il ruolo della vittima nel giudizio d'ascrizione a titolo di colpa finisce per essere affrontato nel più ampio capitolo dell'imputazione obiettiva dell'evento: U. MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Berlin, 2005; M. CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Barcelona, 2001.

<sup>75</sup> Sull'incerto inquadramento penalistico dell'atto medico realizzato senza il consenso del paziente v. comunque, per tutti, F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 141 ss.

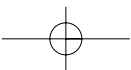
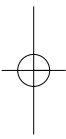
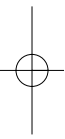
<sup>76</sup> Per un'analisi di questo orientamento giurisprudenziale O. DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., p. 50 ss.

<sup>77</sup> Così in modo emblematico Cass. pen., sez. IV, 22 giugno 2004, Lo Presti, p. 12 ss., su cui si ritornerà tra breve nel testo.

ciente a determinare l'evento (v. *supra* in nota), ovvero quale decorso eziologico concorrente all'azione del medico (v. *supra* in nota), scalfisce – si badi bene – il *carattere tipico dell'evento* concretamente verificatosi (v. *supra*, § 12), sino ad *espungerlo dallo spettro preventivo della regola cautelare eventualmente trasgredita*. Ciò che viene meno, dunque, a motivo della negligenza della vittima, è il c.d. nesso di rischio, ossia la riconducibilità dell'evento concreto dal novero delle situazioni che la regola cautelare intendeva prevenire.

Sarebbe interessante poter verificare la correttezza della suddetta affermazione nella maggior parte delle vicende in cui la giurisprudenza ha dovuto affrontare la questione: e non è escluso – senza per questo volere sfidare l'ammonimento di Giacomo (Gc 4-15) – che nel futuro lo si faccia compiutamente per iscritto. Per ora, onde illustrare in breve un tale assunto, può essere sufficiente analizzare la vicenda trattata in Cass. pen., sez. IV, 22 giugno 2004, Lo Presti. Il caso riguarda un paziente cui era stato asportato un tumore sottomandibolare, che era stato trasferito al reparto di otorinolaringoiatria prima delle 48 ore che secondo «la buona pratica professionale» avrebbe dovuto trascorrere in terapia intensiva (p. 3 s.). La nuova sistemazione – scelta dai medici perché consentiva di effettuare lo stesso trattamento di ossigenoterapia cui il paziente sarebbe stato sottoposto in rianimazione (p. 7, punto 2) – gli permise tuttavia di sottrarsi al controllo degli assistenti ospedalieri, alzarsi dal letto, togliersi la mascherina dell'ossigeno e riprendere a fumare. Da qui la morte per ipossia e ipercapnia (aumento dell'anidride carbonica nel sangue): morte che – secondo entrambi i giudici di merito – sarebbe stata da attribuire per colpa all'imputato il quale, disponendo l'anticipato trasferimento del paziente dal reparto di terapia intensiva, avrebbe determinato la «mancanza di monitoraggio» del paziente.

La Corte di cassazione annulla invece la decisione, ritenendo che non sia stato debitamente dimostrato, alla luce della “logica della Franzese”, se l'evento sia da attribuire effettivamente alla “negligente” anticipata dimissione ovvero alla concorrente negligenza del paziente (p. 12 ss.). A ben riflettere, però, la critica cui si espongono entrambe le sentenze di merito è più penetrante e si spinge sino a contestare la presenza del nesso di rischio. E invero, quand'anche si ritenesse che il ricovero nel reparto di terapia intensiva sia stato colpevolmente troppo breve, l'esclusione di una responsabilità colposa discenderebbe dal fatto che *la regola cautelare trasgredita è volta a prevenire gli esiti infausti di determinate patologie, non già a evitare atti di autolesionismo del paziente*. Vero è infatti, che la terapia intensiva assicura un più penetrante monitoraggio del paziente, ma si tratta pur sempre di un monitoraggio organico e biologico, non già di carattere custodiale, ché diversamente si finirebbe per trasformare una tale misura in una sorta di TSO improprio. Non v'è dunque alcuna corrispondenza tra l'evento storico concretamente verificatosi e lo spettro preventivo della regola cautelare eventualmente disattesa, imponendosi dunque per questa ragione una radicale pronuncia di assoluzione.



## **Opinioni a confronto**

